UNIVERSITÉ DE DIJON

FACULTÉ DE DROIT

Un Jurisconsulte Franc-Comtois :

DUNOD de CHARNAGE

(1679-1752)

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

(Sciences Juridiques)

présentée et soutenue le 28 Mai 1929, à 14 heures

PAR

Pierre SIRDEY

Juge au Tribunal Départemental de la Haute-Saône

Président : M. PETOT, professeur.

Suffragants : M. GUILLOIS, professeur.

M. DUMONT, chargé de cours.

BESANÇON

IMPPIMERIE DE L'EST

—

1929

Un Jurisconsulte Franc-Comtois :

DUNOD de CHARNAGE

(1679-1752)

UNIVERSITÉ DE DIJON

FACULTÉ DE DROIT

Un Jurisconsulte Franc-Comtois :

DUNOD de CHARNAGE

(1679-1752)

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

(Sciences Juridiques)

présentée et soutenue le 28 Mai 1929, à 14 heures

PAR

Pierre SIRDEY

Juge au Tribunal Départemental de la Haute-Saône

Président : M. PETOT, professeur.

Suffragants : M. GUILLOIS, professeur.

M. DUMONT, chargé de cours.

BESANÇON

IMPPIMERIE DE L'EST

—

1929

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

INTRODUCTION

La conquête de la Franche-Comté par Louis XIV, définitivement sanctionnée par le traité de Nimègue, avait eu pour résultat l'annexion de cette province au royaume de France.

Mais cette annexion fut loin d'avoir comme conséquence une incorporation brutale du pays et l'annihilation complète de ses institutions et de ses privilèges.

Au point de vue juridique, le seul qui doive ici nous préoccuper, la province conservait sa coutume, non seulement la coutume du Comté de Bourgogne, mais même ses coutumes particulières, notamment celle de Besançon qui devait même, quelques années plus tard, être l'objet d'une consciencieuse étude de la part d'un magistrat franc-comtois, Claude-François d'Orival.

D'autre part, le Parlement de Franche-Comté avait vu ses droits confirmés par Louis XIV après sa conquête. Dès le 22 août 1676, le roi ordonna le transfert du Parlement de Dole à Besançon, afin de donner une marque de satisfaction à cette dernière ville pour la fidélité qu'elle avait témoignée et qu'elle témoignait chaque jour à son service.

Le maintien du Parlement eut pour résultat l'existence de jurisconsultes éminents et d'un barreau florissant.

Les magistrats distingués qui illustrèrent alors le Parlement sont nombreux.

On peut citer :

Le premier Président : Jean-Ferdinand Jobelot, mort en 1702, après quarante-neuf ans de magistrature et dont on a pu écrire « : Jobelot, grand en science et grand en piété, « magistrat instruit, infatigable au travail, humain et « charitable même pour ses plus grands haineux, ayant « toujours ignoré ce que c'était que la vengeance. » Ferdinand Lampinet, digne soutien d'un ancien nom judiciaire, avocat général, en 1675, puis conseiller, l'un des meilleurs et des plus instruits. A sa mort, en 1710, il laissait plusieurs ouvrages consacrés à l'histoire juridique (1).

Pierre Belin, qui, entré au Parlement, en 1685, en était le doyen lors de sa mort, en 1732, magistrat fort estimé et six fois jugé digne par la Compagnie de le représenter dans ses cérémonies d'apparât.

Le Conseiller Terrier qui avait commenté le droit et les coutumes dans des notes manuscrites que Dunod mit à contribution (2).

Enfin Claude-François Talbert de Nancray, conseiller au Parlement, fils du doyen de l'Université de Dole et auteur d'une thèse de la mainmorte sur laquelle nous aurons à revenir.

Si le Parlement comptait parmi ses magistrats des jurisconsultes éminents, il en était de même du barreau bisontin. La plupart des maîtres qui illustrèrent les chaires de l'Université de Besançon avaient pendant plusieurs années été avocats au Parlement. Nous ne pouvons les citer tous. Mentionnons les plus connus : Ferdinand Despotot,

(1) Fernand LAMPINET, *Histoire inédite du Parlement de Franche-Comté.*

(2) DUNOD, *Traité des Prescriptions.* Avertissement, p. 5.

J.-B. Tisserand, Séguin, et, plus tard, à la veille de la Révolution, Ordinaire, Courvoisier, Proudhon, Curasson. Entre tous ces jurisconsultes, notre choix s'est arrêté sur Dunod de Charnage.

En effet, seul de son époque, il a entrepris un travail d'ensemble et ne s'est pas cantonné dans l'étude d'une question spéciale.

Nous diviserons notre modeste travail en quatre parties :

1° Biographie de Dunod de Charnage ;

2° Bibliographie critique ;

3° Étude des principales questions juridiques par lui traitées ;

4° Conclusions.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41535703_0040

PREMIÈRE PARTIE

Bibliographie

CHAPITRE PREMIER

Origine de la famille Dunod

La famille Dunod est d'origine franc-comtoise, tout au moins, nous constatons son existence dès le xv^e^ siècle, à Saint-Claude.

Elle forma à l'origine deux branches distinctes. La première paraît avoir quitté la Comté à la fin du xv^e^ siècle pour aller habiter Francfort, en Allemagne, et y exercer le commerce.

Elle fut anoblie par Charles-Quint, le 19 juin 1519 dans la personne d'Abraham Dunod, en considération des sommes considérables que ce dernier lui avait fournies pour son élection à l'Empire (1).

A la branche française paraissent se rattacher deux membres remarquables, mais expatriés en Allemagne, à la suite de la conquête de la Franche-Comté par Louis XIV, Antide Dunod et Claude-François Dunod.

Le premier, né à Saint-Claude vers 1640, mourut à Prague, le 3 septembre 1695. Docteur en théologie à

(1) *Nobiliaire de Franche-Comté,* Verbo Dunod.

l'Université de Salamanque, il se consacra à la diplomatie et remplit plusieurs missions importantes au service de la maison d'Autriche.

Il réussit notamment à faire placer la Transylvanie sous la suzeraineté de l'Empire.

En récompense de ses services, l'Empereur Léopold I le nomma à l'Évêché de Widdin, poste que d'ailleurs Dunod refusa pour se retirer dans un couvent de Dominicains.

Le deuxième, Claude-François, né à Saint-Claude en 1644, fut tué à Vienne, en 1693, alors qu'il commandait un corps de volontaires au service de l'Empire. Le journal du siège (1), en parle en ces termes : « In omnibus eruptionibus, in omnibus propugnandis assultibus fuerat semper firmus et Turcis fatalissimus. »

La branche française paraît avoir été affranchie par les abbés de Saint-Claude. Dès 1582, nous voyons François-Jean Dunod, professeur de mathématiques et philosophie chez les Jésuites et qui eut Descartes comme élève.

Plus tard, au début du XVII^e siècle, on constate l'existence à Lavans-les-Saint-Claude, de deux membres de cette famille, François et Pierre Dunod, affranchis le 23 juillet 1627, par lettres de l'abbé Joachim de Rye.

Le fils de François Dunod : Sébastien Dunod, devint capitaine au service de l'Espagne et épousa, en 1642, Salomé de Charnage, dont il eut trois enfants : Claude-Humbert Dunod, notaire à Saint-Claude, Jean-François, père de l'historien, et Pierre-Joseph.

Ce dernier, né à Moirans, en 1657, mourut à Besançon, en 1725. Il entra à la Compagnie de Jésus et s'appliqua

(1) *Répertoire.*

aux recherches historiques qui ont toujours été en honneur dans la famille Dunod.

On lui doit un ouvrage sur la découverte de la ville d'Antre, en Franche-Comté, qu'il estimait être l'Aventicum de Ptolémée. Cet ouvrage eut un grand retentissement et des fouilles furent mêmes entreprises sur l'ordre du Roi. Elles n'aboutirent pas, faute d'argent, les ennemis du père Dunod s'étant entremis pour les faire cesser.

Jean-François Dunod était conseiller au Parlement de Franche-Comté. Il eut comme fils notre auteur « François-Ignace » né à Saint-Claude, le 30 octobre 1679, mort à Besançon, le 21 juin 1752.

François-Ignace eut plusieurs enfants dont un fils François-Joseph, né à Besançon, le 26 juin 1705, et mort dans cette ville en 1765.

Il seconda son père dans ses travaux historiques et notamment aida l'édition des Observations sur les Coutumes du Comté de Bourgogne.

Il fut six ans maire de Besançon, entra à l'Académie, en 1757, et fut même nommé Chevalier des Ordres du Roi, en 1763.

Il écrivit lui-même quelques ouvrages dont les principaux sont : *L'histoire des Gaules*, une étude sur le *Gouvernement Municipal des Romains* et sur la maison des ducs de Méranie dont une branche a régné en Franche-Comté, de 1268 à 1279.

Un autre membre de la famille de Charnage, Jean-Stanislas, neveu de François-Joseph, fut également magistrat, conseiller au Parlement de Franche-Comté. Emprisonné comme suspect pendant la Terreur, il fut enfermé à Dijon et ne fut libéré que le 9 thermidor. Il avait épousé en 1773 une fille du Comte de Montrond. Après sa captivité,

il écrivit un Traité sur les hommes illustres de sa Province et laissa quelques manuscrits.

Il mourut le 27 septembre 1833.

Le dernier membre de la famille de Charnage qui ait occupé des fonctions publiques, fut Sophie-Edouard, arrière-petit-fils de François-Ignace, né à Besançon le 5 mai 1783, mort à Paris, le 6 avril 1820.

D'abord gendarme d'honneur en 1803, il quitta l'armée après la campagne de Prusse et fut nommé conseiller d'État et administrateur de la Haute-Carinthie, poste dans lequel il se montra administrateur habile.

Lors des désastres de Napoléon, après la campagne de Russie, Dunod se signala par sa conduite héroïque. C'est ainsi qu'il sortit de Villach sans disputer la ville aux Autrichiens, mais y pénétra la nuit suivante à l'improviste, détruisit tous les magasins et emmena 300 prisonniers.

Nommé Préfet de la Lozère aux Cent jours, il réprima avec énergie les émeutes de ce département. Aussi après Waterloo fut-il assiégé dans la Préfecture par une bande de forcenés et il n'échappa qu'avec peine après avoir soutenu un véritable siège.

Il publia également sous l'anonymat quelques ouvrages sans grande importance.

CHAPITRE II

Dunod (François-Ignace)

François-Ignace Dunod naquit à Saint-Claude, le 30 octobre 1679, de Jean-François Dunod et de Marie Rigolet (1).

Sa première éducation fut dirigée par des ecclésiastiques, son oncle, curé-doyen de Baume et principalement les Pères Dunod, l'un Jésuite « prédicateur aussi fameux qu'il « était versé dans la belle antiquité, » dont les journaux « d'Amsterdam de 1708 et de 1709 parlent avantageuse- « ment ; et l'autre Frère de l'Oratoire, fort estimé pour son amour du Bien public, la candeur, la douceur de ses mœurs et sa haute piété (2).

M. de Charnage, son grand-oncle, professeur et doyen de l'Université de Besançon, acheva son éducation et ce fut sans doute lui qui l'initia à l'étude du droit.

Jean-François devait d'ailleurs avoir à cœur de perpétuer dans la robe un nom justement estimé.

Reçu de bonne heure au Parlement, le 13 août 1697, François-Ignace entra au barreau et plaida avec succès

(1) Nous avons demandé à la Mairie de Saint-Claude l'acte de naissance de Dunod. Il nous a été répondu qu'il n'existait pas de registre entre 1670 et 1690.

(2) Éloge de M. Dunod prononcé par M. de Courbouzon, secrétaire perpétuel de l'Académie des Sciences et Belles lettres de Besançon dans une assemblée publique de cette académie, le 4 septembre 1752 (extrait des archives de l'Académie de Besançon.

plusieurs causes importantes dont malheureusement ni lui, ni ses contemporains ne nous ont fait connaître les détails.

M. de Courbouzon nous apprend que sa mémoire était prodigieuse ; elle lui « fournissait les discours qu'il avait « médités sans qu'il eût besoin de les jeter sur le papier. » Il nous trace en même temps de Dunod un portrait que nous ne saurions passer sous silence.

« Sa taille était médiocre, mais bien proportionnée, « son geste naturel et aisé, sa voix sonore, son visage « agréable, ses yeux pleins de feu, mais de ce feu modéré « qui doit tout à l'esprit et rien au dérèglement de l'ima- « gination. »

« Il réunissait les talents de l'orateur, du jurisconsulte, « de l'homme de lettres et de l'homme de bien. Son génie « vaste et étendu ne lui laissait rien envisager d'impossible, « accoutumé à vaincre les difficultés et à varier ses occu- « pations, il passait du sérieux à l'enjouement, il se mon- « trait au sortir de son cabinet avec tous les agréments « qui lui étaient naturels et qu'il portait dans les aimables « sociétés qu'il s'était formées et dont il faisait les délices. »

En 1720, une chaire de professeur devint vacante à l'Université de Besançon ; il se présenta au Concours.

Le succès lui fut vivement disputé par un avocat du barreau de Pontarlier, Claude Le Michault (1).

Le Michault ne recula pas devant une lutte contre Dunod et se présenta au concours. Dunod finit par l'emporter contre cet adversaire redoutable, mais Le Michault qui avait fait payer chèrement sa victoire, n'oublia pas sa défaite. Dans plusieurs écrits qu'il publia sur les coutumes

(1) Estignard, *op. cit.*, p. 118.

Souchères, il attaqua les doctrines de son rival et ce fut d'une manière acerbe et avec une violence regrettable qu'il les combattit le plus souvent.

Le Roi confirma le choix des professeurs de l'Université et les Provisions de Dunod furent rétablies le 28 décembre 1720.

Dès lors, Dunod se consacra exclusivement à sa chaire et ne sortit de sa retraite et de ses livres qu'en 1724, à la suite d'un conflit entre Dijon et Besançon. Dijon réclamait alors la création d'une nouvelle Université et le professeur Bret avait été envoyé de Besançon à Paris pour combattre le projet.

D'après Estignard, Bret devait trahir la confiance de ses collègues et le décanat de la nouvelle Faculté devait être la récompense de cette action.

Par une sorte de pressentiment, l'Université de Besançon lui avait adjoint Dunod, qui, lui, resta fidèle à son devoir.

C'est à l'occasion de ce voyage que Dunod fit la connaissance du garde des sceaux, M. d'Armenonville. Celui-ci apprécia le jurisconsulte franc-comtois et l'engagea vivement à faire un travail sur les coutumes de son Pays natal. C'est ce qui nous valut en partie le *Traité sur les Observations de la coutume de Bourgogne.*

Dès 1725, il fit imprimer un commentaire sur le Titre des successions de la coutume de Bourgogne.

En 1730, il donna le fameux traité des Prescriptions et de la Dîme. En 1733, parut le traité de la Mainmorte et des retraits.

Mais à côté de ses études juridiques, Dunod donna en outre de nombreux ouvrages historiques.

Chez lui, en effet, le jurisconsulte est doublé de l'histo-

rien. Ses ouvrages historiques forment 5 volumes 1/4. Le premier contient l'histoire des Anciens Séquanais du premier royaume de Bourgogne et de quelques unes des abbayes de la Province (1).

Le deuxième volume contient l'histoire des deuxième, troisième et quatrième royaumes de Bourgogne, des Comtes de Bourgogne et se termine par une description de la Franche-Comté (2).

L'histoire des Comtes de Bourgogne, la conquête de la Franche-Comté et l'histoire du Parlement avec une idée générale de la noblesse de la Province forment le troisième

(1) Nous voyons dans les extraits des décisions du Magistrat de Besançon, nº 145, qu'à la date du 2 avril 1735 « le professeur en droit Dunod offre à la municipalité son histoire des Séquanais ; il demande à ce propos les lettres de citoyen de Besançon, on les lui expédiera. »

(2) Le journal des scavans année 1735, nº de septembre, p. 490, s'exprimait ainsi sur cet ouvrage : « On n'avait jusqu'à présent « rien de suivi pour l'histoire générale du Comté de Bourgogne « que les mémoires historiques de la République Séquanaise « et des princes de Franche-Comté de Bourgogne par Gollut, « avocat au Parlement de Dole publié en 1592, mais cet auteur, « suivant le jugement de M. Dunod est meilleur compatriote « qu'historien. Il n'est ni méthodique, ni sûr dans les faits qu'il « allégue, il rapporte sans critique ce qu'il a trouvé dans des « manuscrits et des chroniques peu dignes de foi.

« Il a mêlé d'ailleurs dans l'histoire du Comté de Bourgogne, « celle de l'Empire et de l'Espagne sous prétexte que les Rois « d'Espagne et les Empereurs ont été souverains de cette province « et sont descendus de ses anciens Comtes. Ces épisodes l'éloignent « de son sujet et l'interrompent désagréablement pour le lecteur. « Son style qui est par lui-même très diffus a vieilli.

« Notre auteur dit de l'histoire de Besançon par J.-J. Chifflet « médecin qu'elle est écrite en beau latin. Mais il ajoute que si « l'on y retranche l'histoire civile, l'érudition étrangère dont Chif- « flet l'a chargée suivant le goût de son temps, elle se réduira « à peu de choses. Ce qui regarde l'histoire ecclésiastique de « Besançon paraît meilleur.

« M. Dunod croit qu'il ne faut en retrancher que quelques « faits fabuleux tirés des légendes du pays que Chifflet paraît « avoir adoptées mais qu'il y a bien des choses à ajouter.

volume. La vie de Charles de Bourgogne en constitue une des principales parties.

Cet ouvrage a été composé sur des plans et des mémoires qu'un des fils de Dunod avait recueillis en Suisse.

Enfin les deux derniers volumes contiennent l'histoire ecclésiastique du Comté de Bourgogne, l'histoire de la Ville de Besançon, nécessairement liée avec celle des Archevêques et l'histoire abrégée des principaux bénéfices et abbayes du diocèse.

Dunod avait obtenu par l'intermédiaire du garde des Sceaux, une pension en récompense de ses nombreux travaux « grâce d'autant plus flatteuse qu'il ne la devait « qu'à son mérite et que l'oubli est souvent le triste apa- « nage des scavans sur la fin de leurs jours » (1).

Dunod était en effet un modeste. Nous avons dit dans notre introduction que c'était une de ses qualités qui nous avait le plus particulièrement séduit.

M. Estignard nous cite un trait de cette modestie : « Il venait de publier son premier volume sur le Comté de « Bourgogne, lorsqu'il apprend que dom Plancher prépare « un abrégé de celle de Franche-Comté. Il s'empresse de « lui écrire pour le féliciter de son projet. Il rend hommage « à sa science, il ajoute qu'il renoncera à son œuvre pour « laisser à un autre plus expérimenté et plus érudit le « soin de traiter un tel sujet. »

« Dom Plancher fut touché de ce sacrifice et il insista « auprès de Dunod qui finit par céder, en lui faisant « observer qu'il fallait habiter un pays, le connaître depuis « longtemps, en avoir médité, pratiqué même les lois et

(1) Courbouzon, *op. cit.*, p. 146.

« les usages pour en raconter l'histoire avec sûreté et « exactitude (1) ».

Il aurait voulu joindre à son histoire du Comté de Bourgogne, des planches représentant des costumes, des sceaux et des monuments antiques. Il ne tarda pas à renoncer à son projet.

« Le graveur m'a représenté, nous dit-il, dans la Préface, « de cet ouvrage, que ces gravures enrichiraient le livre « et en empêcheraient le débit, j'ai déféré à son sentiment, « parce que le débit le regarde seul, car je lui envoie mes « ouvrages sans convention et je me contente d'un cer- « tain nombre d'exemplaires pour faire des présents avec « une somme modique pour me rembourser des frais de « recherches et de copies. La Providence m'ayant favorisé « d'un patrimoine assez considérable suivant mon état « pour gratifier de mon travail le public et mes compa- « triotes. »

Nous pourrions multiplier des citations. Le lecteur nous permettra encore de citer quelques lignes extraites de la préface de son traité des Prescriptions.

« Je me suis souvent contenté, dit-il, de rapporter la « décision et quand j'ai dit les raisons, j'ai tâché de les « renfermer en peu de paroles pour ne pas ennuyer par « de longs discours. Peut-être suis-je tombé dans un défaut « opposé à celui que j'avais dessein d'éviter, mais j'y ai « suppléé en citant beaucoup d'auteurs dans lesquels « on verra simplement traitées les questions sur lesquelles « j'avais passé légèrement. J'ai cru ne pas devoir rougir « de laisser voir que j'emploie ce que d'autres ont dit « avant moi. L'on a tant écrit sur le droit, et nous sommes

(1) Estignard, *op. cit.* p. 146.

« venus après un si grand nombre d'habiles gens qu'on « ne peut plus guère être que leurs échos, et qu'on en est « réduit à se contenter de réunir les choses sous un objet... « L'on pourrait bien se flatter qu'on aurait pu penser « comme les anciens si l'on était venu les premiers, mais « il n'est pas juste pour cela de s'approprier leur travail « et de leur dérober l'honneur de l'invention ».

Nous devons ajouter pour être complet que la réputation de Dunod était telle qu'il fut invité par le Roi de Sardaigne Victor Amédée, à se rendre à Turin, pour y concourir à la réformation des Lois et Coutumes du Royaume. Dunod ne put accepter en raison de ses multiples occupations, mais il proposa pour le remplacer le Conseiller au Parlement d'Arvisenet en promettant de le seconder, ce qu'il fit d'ailleurs.

Dunod de Charnage fut anobli, le 1er avril 1734, par Louis de Bourbon, abbé de Saint-Claude.

Par lettres patentes données à Versailles en juillet 1737, Louis XV confirma sa noblesse et lui donna le droit d'ajouter à son nom de celui de Salomé de Charnage, son aïeule maternelle dont la famille venait de s'éteindre (1).

Les armes de la famille Dunod étaient écartelées, au 1 et 4 d'azur à la face d'argent, accompagnée de trois besants d'or ; qui est Dunod, au 2 et 3 d'azur à la croix d'or accompagnée en chef de deux étoiles de même qui est de Charnage.

Devise : « Toujours en bon lieu ».

---

(1) Règlement des armoiries, actes importants. Parlement de Besançon, manuscrits 1734-1739, feuillet 271.

DEUXIÈME PARTIE

Bibliographie critique

CHAPITRE PREMIER

Ouvrages de Dunod

La liste des ouvrages de Dunod est assez longue. Nous allons les indiquer par ordre chronologique (1).

Le premier en date, intitulé « *Traité des Prescriptions, de l'aliénation des biens d'église et des dîmes suivant les droits civil et canon, la jurisprudence du royaume et les usages du Comté de Bourgogne,* par M. F.-I. Dunod de Charnage, écuyer, ancien avocat au Parlement et Professeur royal en l'Université de Besançon.

Cet ouvrage eut plusieurs éditions. Le catalogue général en indique trois :

La 1re : Dijon, chez A. De Fay, 1730, 3 part. en 1 vol. in-4o.
La 2e : Dijon, — — 1740, —
La 3e : Paris, — Briasson, 1753, —

A ce point de vue le catalogue est incomplet car l'ouvrage qui nous a servi dans cette étude, est une quatrième

(1) *Catalogue général des ouvrages imprimés de la Bibliothèque Nationale,* vo Dunod, p. 735.

édition, 1765, également de Paris, chez Briasson, librairie rue Saint-Jacques.

En 1733, paraissaient, chez M. De Fay, à Dijon, deux parties en 1 vol. in-4°, les *Traités de la Mainmorte et des retraits*, par M. F.-I. Dunod, ancien Avocat au Parlement et Professeur royal en l'Université de Besançon.

Cet ouvrage eut également plusieurs éditions.

La deuxième, est datée de 1760, à Paris, chez la veuve Dupuis, Quai des Augustins « A la bonne foi ». Le titre porte : *Nouvelle édition augmentée de la lettre d'un magistrat de Franche-Comté à un seigneur de la même province, sur quelques questions importantes de la Mainmorte.*

C'est l'édition qui nous a servi dans notre travail.

Une troisième édition a eu lieu à Épinal, chez A. Vaulien, deux parties en 1 vol. in-4°.

Le troisième ouvrage de Dunod est ensuite un ouvrage historique, en 2 vols in-4°, paru à Dijon en 1735, chez de Fay, imprimeur des États de la Ville et de l'Université.

Le premier volume a comme titre : *Histoire des Séquanais et de la province Séquanaise, des Bourguignons et du premier royaume de Bourgogne, de l'Eglise de Besançon jusque dans le VI^e^ siècle et des abbayes nobles du Comté de Bourgogne, Saint-Claude, Baume, Gigny, Chalon, Baume-les-Dames, Lons-le-Saulnier, Migette et Montigny, depuis leurs fondations jusqu'à présent*, par M. F.-I. Dunod, ancien Avocat au Parlement et Professeur royal en l'Université de Besançon.

Le tome II de cet ouvrage porte le titre d'*Histoire du second royaume de Bourgogne, du Comté de Bourgogne sous les rois Carlovingiens, des III^e^ et IV^e^ royaumes de Bourgogne et des Comtés de Bourgogne, Montbéliard et Neufchâtel, avec une description du Comté de Bourgogne*

et plusieurs généalogies. Il a été édité à Dijon, en 1737, chez de Fay, imprimeur des États et de la Ville et de l'Université.

En 1740, Dunod faisait paraître à Besançon, chez J.-B. Charmet, un volume in-4°, de 738 pages, intitulé : *Mémoires pour servir à l'histoire du Comté de Bourgogne contenant l'idée générale de la noblesse et le nobiliaire dudit Comté.*

Le dernier ouvrage historique de Dunod, date de 1750. Il fut édité à Besançon, en 2 vols in-4°, chez Claude-Joseph Daclin, imprimeur ordinaire du roi et parut également chez J.-B. Charmet, marchands libraires. Le titre en est fort long. Nous ne relatons ici que celui du premier tome : *Histoire de l'Eglise, Ville et Diocèse de Besançon qui comprend la suite des Prélats de cette métropole depuis la fin du IIe siècle, leur vie, leurs actions, l'illustration de leur siège par la qualité et les droits des Princes de l'Empire, ce qui s'est passé de plus mémorable dans leur diocèse, la discipline ancienne et les changements qui y sont arrivés, l'histoire abrégée de ses principaux Bénéfices, Abbayes, Provinces et Chapitres et de l'établissement des Ordres religieux qui y ont des Monastères, la relation de plusieurs faits notables qui appartiennent à cette histoire, des dissertations sur d'autres qui sont contestés et le Gouvernement civil de la Ville de Besançon, suivant qu'on le verra plus amplement dans les avertissements qui sont à la tête de chaque volume.*

En 1756, après la mort de Dunod survenue en 1752, parurent les observations sur les titres des droits de justice, des fiefs, des cens des gens mariés et des successions de la coutume du Comté de Bourgogne avec des traités à l'usage de l'ancienne province sur les institutions

contractuelles, la puissance paternelle ; les sociétés tacites. les baux à Cheptel et une dissertation sur les incendies.

L'ouvrage a été imprimé à Besançon, en 1 vol. in-4°, chez Cl.-J. Daclin, imprimeur du Roi de l'Académie.

N'oublions pas de mentionner un petit opuscule in-4°, de 23 pages, imprimé sans date, à Besançon, chez J.-C. Bagillot, figurant au catalogue général de la Bibliothèque Nationale, sous la rubrique *Lettre sur l'antiquité de la Ville de Dole.*

Ce petit travail doit être la reproduction d'une lettre pour servir de réponse à la dissertation sur l'ancienneté de la ville de Dole, lettre figurant dans le premier volume de l'histoire des Séquanais, pages 100 à 111 de l'édition in-4°.

Existe-t-il des ouvrages de Dunod, autres que ceux énumérés dans le catalogue général dont nous venons de parler ? Nous n'hésitons pas à répondre par l'affirmative. M. Al. Estignard, dans son livre paru en 1857, chez Jacquin, imprimeur à Besançon : *La Faculté de Droit et l'Ecole Centrale à Besançon*, parle en ces termes (p. 122) d'un ouvrage de Dunod, Son premier ouvrage *publié en* 1725, porte le titre : *Commentaires sur les successions* et M. Estignard cite même cette phrase de Dunod, extraite de l'Avertissement : « J'ai entrepris de traiter le titre « des Successions, parce que je le regarde comme le plus « important, celui de tous que l'on connaît le moins et « sur lequel les arrêts du Parlement ont le plus varié ».

Il est vrai que le savant auteur ajoute en note, à la fin de la page suivante (123) : « Ce travail a été imprimé « en 1750 (1), avec d'autres œuvres de Dunod, sous ce titre : « *Observations sur la Coutume du Comté de Bourgogne.* »

(1) La date indiquée paa M. Estignard n'est pas exacte. Les observations sur la Coutume du Comté de Bourgogne sont une œuvre posthume de Dunod.

On peut donc se demander si les *Commentaires sur les Successions* ont été publiés en 1725 ou s'ils ne l'ont été qu'en 1756 avec les autres *Commentaires sur la Coutume de Bourgogne.* On pourrait soutenir dans cette dernière hypothèse, que l'*Avertissement des observations sur les Coutumes du Comté*, ne fait aucune allusion à l'ouvrage paru en 1725.

Nous n'hésitons pas néanmoins à adopter l'opinion contraire, soit en raison de la citation empruntée par M. Estignard à l'avertissement de l'ouvrage de 1725, soit parce qu'il résulte de l'Avertissement de l'ouvrage sur la *Prescription*, paru en 1735 et actuellement sous nos yeux, que Dunod reconnaît avoir préparé les matières de l'ouvrage qui devait voir le jour en 1756 ; et avoir fait « paraître quelques essais de cet ouvrage ».

Les circonstances dans lesquelles Dunod a été amené à écrire ces différents ouvrages, n'ont rien de particulièrement intéressant pour les ouvrages historiques.

Quant à ses ouvrages juridiques, ils se rattachent en effet plus ou moins à la Réformation ou tout au moins au projet de Réformation de la Coutume du Comté de Bourgogne.

Le lecteur nous permettra ici une courte digression historique nécessaire à notre avis, pour l'intelligence de ce qui va suivre.

La coutume de Bourgogne remonte, comme presque toutes les coutumes, au XI^e^ siècle. Au XV^e^ siècle, les inconvénients des coutumes non écrites deviennent trop sensibles et on dut songer à les fixer par une rédaction authentique et officielle.

Ce fut le but de l'Ordonnance de Montil les Tours, rendu par Charles VII en 1453.

Qu'en advint-il en Bourgogne ? Cette province était alors l'apanage de Philippe le Bon.

Dunod nous fait connaître dans deux passages différents de ses ouvrages, les conditions dans lesquelles a été rédigée la coutume de Bourgogne, tout d'abord dans l'Avertissement des *Observations sur la coutume de Bourgogne*, en outre, dans son *Traité de la Prescription* (p. 104).

Il nous montre que dès le début du xv^e^ siècle, bien antérieurement à l'ordonnance de Montil les Tours, les États du Comté de Bourgogne avaient demandé à leur souverain de faire reconnaître et rédiger par écrit les coutumes de la Province. Le Prince avait nommé des Commissaires, mais comme ils « ne travaillaient pas », le Parlement dressa seize articles en 1457 et les déclara de coutume notoire.

Sur de nouvelles instances, Philippe le Bon permit aux trois États par lettres patentes datées à Bruxelles des 11 mars et 16 juin 1457, de nommer un commissaire de chaque État et en nomma trois autres pour informer des coutumes du pays et les rédiger par écrit, ce qui fut exécuté. Et par lettres patentes du 28 décembre 1459 : « Ce Prince déclara que les coutumes ainsi recueillies « et rédigées auraient force de loi et serviraient à juger « tous les procès qui se feraient à l'avenir ou qui ne seraient « pas entièrement instruits, défendit d'alléguer ou de « proposer aucune autre coutume générale, se réserva « et à ses successeurs, Comtes de Bourgogne, le pouvoir « de les interpréter, corriger ou réformer, et ordonna « que dans les cas auxquels elles n'auraient pas pouvoir, « on suivrait les dispositions du droit romain » (1).

(1) Certains commentateurs de la coutume de Bourgogne indiquent, notamment Chasseneuz une autre modalité de cette

Chacun sait que la plupart des coutumes ont été l'objet, près de cent ans après leur rédaction primitive, d'une « réformation » ayant pour but de réformer les abus ou les erreurs constatés dans la première rédaction.

La Coutume de Bourgogne a-t-elle été réformée ? M. Esmein nous indique que la coutume du duché de Bourgogne a été réformée sous Charles IX et Henri III, de 1562 à 1575 (1).

En a-t-il été de même pour la coutume du Comté ? Pas nécessairement, puisque les deux provinces appartenaient l'une à la France, l'autre à l'Espagne. Nous avons, au surplus, de bonnes raisons de pencher pour la négative.

Nous trouvons en effet dans le même Avertissement, la preuve qu'en Bourgogne existait un usage spécial. En cas d'omission ou d'imperfection, les États de la Province, assemblés de trois en trois ans, faisaient des représentations au Souverain, sur lesquelles il était pourvu par des Ordonnances particulières appelées « Recés des États ».

Cet usage équivalait en réalité à une réformation, puisqu'il permettait de tenir la coutume au courant des modifications survenues dans les mœurs en même temps que de supprimer les décisions contradictoires dans la Jurisprudence du Parlement.

Il apparaît cependant que quelques magistrats du

rédaction, *Tres status patriae, approbaverunt consuetudines nostras factas et redactas per quosdam deputatos qui quidem deputati fuerunt tam a viris ecclesiasticis quam alliis hominibus illius patriae. Chassanoeus Commentarii in consuetudines ducatus Burgundiae* (1523), p. 667 (Barthélemi de Chasseneuz, avocat, puis magistrat parlementaire).

(1) Esmein, *Cours élémentaire d'histoire du droit français*, 2e édition, p. 822.

Parlement de Franche-Comté estimèrent au début du XVIIIe siècle, qu'une réformation de la coutume n'aurait pas été inutile.

Ils s'adressèrent au garde des Sceaux, M. d'Armenonville et sollicitèrent du Roi, par son entremise, l'octroi de lettres patentes prescrivant cette réformation. Ils obtinrent gain de cause, et un arrêt du Conseil du 15 mars 1727, nomma des Commissaires chargés de travailler à cette réformation.

Nous savons par notre auteur, que parmi eux, figurait F.-I. Dunod (1).

La Commission s'aperçut « qu'il y avait peu de chose à « faire, à moins que d'entreprendre sur la législation « qui n'est pas du ressort de la réformation d'une cou- « tume » (2).

Sur ces entrefaites, M. d'Armenonville fut remplacé par le chancelier d'Aguesseau. Ce changement amena la cessation des travaux de la Commission, d'Aguesseau estimant sans doute que le *statu quo* était préférable.

C'est alors que Dunod livra à la publicité les observations qu'il avait recueillies, observations désormais sans objet.

---

(1) Nous n'avons pu avoir le texte de cet arrêt, malgré nos recherches aux Archives du Doubs. Son existence ne nous paraît néanmoins pas discutable. Nous lisons en effet, dans la table alphabétique du Recueil en quatre volumes des édits et déclarations du roi, 1778, p. 100, une note ainsi conçue : « Les commissaires chargés « par un autre édit du 15 mars 1727 de travailler à la réformation « des coutumes de la province devaient aussi s'occuper de l'exa- « men du livre de M. d'Orival, mais les choses sont encore au même « état à cet égard. »

(2) Observation sur la Coutume de Bourgogne. Avertissement, p. 4.

CHAPITRE II

Dunod Jurisconsulte

I. — Ses méthodes

Les jurisconsultes peuvent se classer en deux catégories : ceux qui fondent un système et ceux qui se contentent d'analyser ou d'interpréter le droit.

Nous pouvons citer dans le premier groupe : Domat, Bourjon.

Domat, dans son livre : *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, a combiné une exposition systématique du droit romain débarrassé de détails historiques et présenté comme la raison écrite applicable à tous les pays et à tous les temps ; il a voulu comme il le dit lui-même, atteindre « l'ordre par le retranchement de l'inutile et la clarté par le seul effet de l'arrangement ».

Bourjon est l'auteur d'un livre dont le titre est significatif : *Le droit commun de la France et la Coutume de Paris réduits en principes*. Il a été un des commentateurs de la jurisprudence du Châtelet. Il a fait une étude méthodique du droit.

De nos jours, on peut citer MM. Aubry et Rau dont il suffit de citer le nom, étant donné l'importance et la vogue de leur ouvrage sur le droit civil.

Dans un deuxième groupe, figurent les analystes, c'est-à-dire les jurisconsultes qui interprètent les textes et en recherchent le sens.

Dunod paraît plutôt appartenir à cette école et il semble que dans ses ouvrages, il fasse plutôt de l'exégèse que de la pratique. Nous devons toutefois, faire une réserve en ce qui concerne un ouvrage sur la mainmorte, ce traité contient tout un système scientifique sur la mainmorte.

L'auteur, après en avoir recherché les origines, les causes, examine les différentes façons de l'établir, la succession des mainmortables et la manière dont finit la mainmorte.

Il diffère totalement comme plan des observations sur la Coutume de Bourgogne, où Dunod semble plutôt se borner à interpréter et à commenter les différents articles de la Coutume.

II. — Ses sources

A quelles sources Dunod a-t-il puisé la rédaction de ses ouvrages juridiques ? Dans deux d'entre eux, il prend soin de nous l'indiquer expressément :

« J'ai posé pour fondement de l'ouvrage (1) dit-il, « les décisions des droit civil et canon, car quoiqu'on « dise, que dans les pays coutumiers l'on ne reconnaît « de prescription que celle qui est établie par la Coutume, « les ordonnances et la jurisprudence des arrêts, il faut « convenir néanmoins que cette Prescription même, est « tirée des droit civil et canon, qu'elle en admet les prin- « cipes généraux et qu'elle a été seulement modifiée, « ou rendue plus simple et plus naturelle, par les Coutumes « qui ont rejeté ce que le droit civil y avait mis de trop « subtil et le droit canon de trop difficile et trop onéreux. « Je me suis particulièrement appliqué à rechercher et

(1) *Avertissement du traité de la Prescription.*

« à établir nos usages sur cette matière, parce que c'est « principalement pour le Comté de Bourgogne que j'écris. « J'ai aussi rapporté ceux du Royaume et la Jurisprudence, « surtout celle des Parlements de droit écrit. »

Dans l'Avertissement des *Observations sur la Coutume du Comté de Bourgogne* (1), il s'exprime dans des termes à peu près identiques :

« J'ai tâché, autant qu'il m'a été possible de l'expliquer « et d'en faire connaître le sens et l'esprit de l'ancienne « coutume, par des raisons sensibles, par la jurisprudence « du Parlement de la Province, par l'autorité du droit « civil qui est notre droit commun, et dans les cas où « il n'a pu me servir, je me suis déterminé par la décision « des Coutumes voisines et de celles qui sont regardées « comme les plus parfaites dans les matières dont il a été « question. »

Nous sommes en droit de dire au vu des extraits qui précèdent que les préférences de Dunod sont nettement pour le Droit romain. Nous pouvons donc le compter parmi les postglossateurs, derniers disciples de l'École de Bologne. Ce n'est pas à dire qu'il ne tient pas compte du droit coutumier. Mais ici, il faut distinguer. Si Dunod semble en effet l'ignorer complètement et si nous ne trouvons aucune mention dans ses œuvres des Traités les plus importants du droit coutumier des XIII, XIV, XV^e^ siècles, si on chercherait vainement dans ses œuvres la moindre allusion, notamment au Grand Coutumier de Normandie, au Grand Coutumier de France, au livre de Justice et de Plaids qui eurent une si grande vogue dans l'ancien droit, ce n'est pas à dire pour cela que Dunod n'ait pas

(1) *Avertissement des Observations sur la Coutume de Bourgogne*, p. 4.

mis à contribution ou ne se soit pas inspiré d'autres Coutumiers.

Nous le voyons citer très souvent d'Argentré, le commentateur de la Coutume de Bretagne en 1539. Ces citations sont particulièrement nombreuses dans le traité de la *Prescription* (1).

Il fait également mention de la Coutume de Berri, de celle de Troyes, de Senlis, de la Coutume de Nivernais, cette dernière commentée par Guy Coquille. Les auteurs auxquels il se réfère en outre, sont très nombreux. Parmi eux, d'aucuns apparaissent rarement sous la plume de l'auteur, tels sont : Chasseneuz, Loyseau, Pasquier, Ducange, Taisant, Terrier, Papon, Brodeau. D'autres, au contraire : Boivin, Grivel, Jobelot, Talbert, Boguet, sont mis à chaque instant par lui à contribution.

Il n'est pas sans intérêt de faire connaître en quelques mots, les auteurs dont Dunod s'est spécialement inspiré ou aux œuvres desquelles il a eu le plus fréquemment recours.

Guy Coquille (1573-1603), Échevin de Nevers et Procureur fiscal du Nivernais. Élu à trois reprises député du Tiers-État aux États-Généraux de 1560, 1576 et 1588. Un des fondateurs des libertés de l'Église gallicane. Son œuvre comprend trois ouvrages : Un commentaire de la *Coutume de Nivernais* ; *Questions, réponses* et *méditations sur les articles des Coutumes*. *Institution au droit des Français ou Conférence des Coutumes de France.*

Pasquier Étienne (1529-1615), Avocat général à la Cour des Comptes en 1505, Député aux États-Généraux

(1) V. notamment pages 11, 14, 19, 21, 26, 29, 35, 37, 42, 45, 48, 53 et suiv.

de 1588, auteur de nombreux ouvrages, notamment de l'*Interprétation des Institutes de Justinien*.

Jean Brodeau (1658), auteur d'un commentaire de la *Coutume de Paris* et d'un recueil des *Coutumes toutes notoires et jugées au Chatelet de Paris*.

Ducange (Charles du Fresne, seigneur), 1610-1688), savant glossateur et historien distingué, surnommé le Varron français.

Claude-François Talbert de Dole, Avocat au Parlement, écrivit en 1667, un ouvrage sur la mainmorte dans le Comté de Bourgogne. Il fut nommé en 1689, conseiller au Parlement de Besançon.

Jean-Ferdinand Jobelot, né à Gray, fut successivement Avocat général, Conseiller, puis Président au Parlement de Franche-Comté (1675)

« Il était bienfaisant et infatigable au travail, sa piété « et sa charité envers les pauvres égalaient sa science. »

On lui attribue un petit ouvrage intitulé : *Instructions pour dresser les procédures des procès civils, conformément à l'Ordonnance de* 1667. Il a laissé un manuscrit, un recueil d'arrêts avec des notes sur le droit et sur la Coutume. Il est mort en 1702.

Jean Boivin, né à Dole, fut également tour à tour Avocat général, Conseiller et Président au Parlement (avril 1639). Il fut employé par le roi à plusieurs missions importantes. Il mourut à Dole le 13 septembre 1650. Il est l'auteur d'un ouvrage sur le siège de Dole et d'un opuscule sur la Pratique de saint Maurice. Il a laissé en outre des manuscrits sur les mathématiques et les monnaies avec des notes sur le droit et sur la Coutume de la Province.

Jacques Terrier, né à Vesoul, fut nommé Conseiller

au Parlement le 7 mai 1638. Il mourut en 1658. Il a laissé des notes sur le droit et la Coutume et un recueil d'arrêts le tout manuscrit.

Jean Grivel, seigneur de Perriguey, était né à Lons-le-Saunier. Il fut fait Conseiller au Parlement le 21 mars 1599 et quelques années après, fut choisi comme Cons iller d'État dans les Flandres. Il mourut à Bruxelles le 14 octobre 1624. Il a publié en latin cent cinquante décisions du Parlement de Dole. Grivel dédia son œuvre à l'Archiduc Albert et la fit imprimer à Anvers en 1618.

Jean de Saint-Maurice, Seigneur de Montbarey, était né à Dole. Il fut tout d'abord professeur de droit civil à l'Université de Dole, depuis transférée à Besançon. Nommé Conseiller au Parlement de la Comté, il n'y séjourna que fort peu de temps et fut désigné comme Conseiller d'État, puis comme Président du Conseil d'État des Pays-Bas. En 1548, l'Empereur Charles V l'envoya en ambassade en France.

Il a laissé un Traité en latin de la *Restitutio In integrum*, dédié à Fr. Bonvalot, abbé de Luxeuil son beau-frère.

Indépendamment du droit romain dont il était un fervent admirateur et des Coutumes où des auteurs dont il s'est inspiré, Dunod a fait de nombreux appels aux arrêts du Parlement, plus spécialement dans son Traité de la *Mainmorte*. Nous avons compté dans ce dernier ouvrage, près de deux cents arrêts indiqués par notre auteur.

Est-ce à dire que Dunod s'inspire de la jurisprudence pratique ? Nous ne le pensons pas.

Le plus souvent, il se contente de citer les arrêts qu'il indique à l'appui d'une théorie soutenue par MM. Grivel-Terrier ou autres sans préciser son opinion.

III. — Son esprit

Ce que nous venons de dire de Dunod, relativement à l'interprétation par lui donnée aux arrêts du Parlement, nous conduit naturellement à nous demander dans quel esprit il envisage les problèmes juridiques.

Dunod paraît appartenir sans conteste à l'école des jurisconsultes qui envisagent les problèmes juridiques en simples juristes, sans en considérer la conséquence au point de vue social.

Il est fort loin des juristes qu'émeuvent les problèmes juridiques envisagés dans leurs conséquences sociales et qui tentent de les faire évoluer dans ce dernier sens.

Nous constatons notamment cette tendance de Dunod dans son Traité de la Mainmorte.

Dans cet ouvrage, Dunod en se plaçant au point de vue strictement juridique, en arrive à justifier cette institution inhumaine.

« Le Seigneur, dit-il, a déjà fait une grande faveur à « ses mainmortables en réduisant cette servitude au « point où elle est. Ils sont censés avoir reçu leur premier « bien de lui et le moyen d'en acquérir d'autres. La pro- « hibition d'aliéner leurs fonds de mainmorte sans son « consentement les conserve à leur famille et les empêche « de dissiper ; la mainmorte de ces fonds tient lieu ordi- « nairement des cens considérables qu'on paie sur les « biens fonds, et le travail de plusieurs personnes réunies « profite bien plus que si tout était séparé entre elles (1). « L'expérience apprend que dans le Comté de Bourgogne « les paysans des biens mainmortables sont bien plus

(1) *Traité de la Mainmorte*, p. 15

« aisés que ceux qui habitent la Franchise et que plus « leurs familles sont nombreuses, plus elles s'enrichissent. »

On a reproché à Dunod de n'avoir pas trouvé un mot de pitié pour les malheureux qui gémissaient sous un joug aussi pesant. On a comparé son défaut d'émotion avec les accents arrachés à un auteur (Gollut) par le déplorable spectacle de semblables institutions.

On a cherché la cause de cette résignation de Dunod dans ce fait qu'il appartenait à la noblesse et qu'il subissait à son insu peut-être, l'influence de préoccupations personnelles et d'un intérêt de caste.

Nous estimons, au contraire, que Dunod jurisconsulte aux yeux de qui la loi était tout, s'est contenté ici comme partout ailleurs dans ses œuvres, d'indiquer quelle était la coutume, quelles en apparaissaient les conséquences, sans chercher à la diriger ou même à l'interpréter dans un but social.

IV. — Dunod historien

Les ouvrages historiques de Dunod paraissent à première vue aussi importants que les ouvrages juridiques.

En réalité, ils ont beaucoup moins de valeur et l'on ne saurait comparer Dunod historien à Dunod jurisconsulte.

Dunod n'appartient pas à cette école historique qui s'attache au côté philosophique des événements, en recherche avec soin les causes et les étudie dans leurs déductions logiques en nous permettant ainsi de trouver parfois dans les événements accomplis de salutaires enseignements.

Tel n'est pas Dunod historien. Laissons tout d'abord la plume à M. Estignard (1).

« Dans sa manière, rien de dramatique, ni d'émou-
« vant, aucun artifice de composition, aucune philosophie.
« Il est simple, presque naïf, uniquement préoccupé
« de l'exactitude et de la vérité. Il n'a d'autre passion
« que celle de la science, il ne cherche pas à influencer,
« encore moins à entraîner le lecteur ; il ne vise pas à
« mettre en relief certains inconvénients essentiels, en
« laissant dans l'ombre ceux de moindre importance.
« Il les met tous au même plan et dans leur ordre, ce qui
« jette de la froideur dans son récit, il n'est donc pas histo-
« rien dans le sens propre du mot, c'est un érudit qui
« nous introduit dans son cabinet de travail et nous
« montre ses richesses archéologiques, nous laissant le
« soin d'en apprécier nous-même l'intérêt ou la valeur,
« il réunit des matériaux beaucoup plus qu'il n'écrit
« une histoire. »

Par suite, les détails les plus insignifiants prennent dans la narration de Dunod autant de place que les faits les plus importants.

Dunod semble s'excuser du reproche qu'il prévoit lorsqu'il annonce « qu'en commençant son histoire il
« n'avait pas cru pouvoir l'achever et que sa pensée avait
« été seulement de publier des traités particuliers sur
« certains points. »

Il ajoute quelques lignes plus loin : « On jugera aisé-
« ment par le peu d'ordre des matières que je ne m'étais
« pas proposé d'abord d'écrire cette histoire et que je

(1) Estignard, *op. cit.*, p. 141.

« ne l'ai fait que quand mes occupations nécessaires m'en « ont laissé la liberté (1). » Il faut avouer qu'en ce qui concerne l'histoire de l'Église, les matériaux réunis par Dunod sont des plus variés. Il va s'inspirer tout d'abord des documents par lui trouvés dans les archives de l'Archevêché comme il le déclare lui-même dans sa préface en raison de sa qualité de conseil des archevêques François-Joseph et Antoine-Pierre de Grammont. »

Il y ajoutera d'autres documents dont la valeur nous paraîtra plus douteuse, c'est-à-dire les Litanies, les Laudes et les Acclamations de l'Église de Besançon, l'Antiphonaire ancien, le Rituel et même le Martyrologe de l'Église de Besançon. Quand nous aurons ajouté à ces documents les anciennes légendes, composées sous les yeux des prélats... écrites avec le soin et la diligence dont on était capable quand elles ont été composées, nous aurons à peu près indiqué toutes les sources de Dunod, et démontré l'importance que l'on peut accorder à ces œuvres historiques.

Cet éclectisme de Dunod est encore plus frappant dans le deuxième volume. A côté de l'étude des *Canonica* et des *Chapitres de Besançon*, on trouve une dissertation sur l'application du Concile de Trente au Comté de Bourgogne, une étude sur la collation des bénéfices, l'énumération des peines ecclésiastiques, une histoire de la Ville de Poligny, des éclaircissements sur les inscriptions trouvées à Besançon sur des anneaux antiques, l'explication des bas-reliefs de l'Arc-de-Triomphe, le pouillé de l'Église de Besançon et enfin, quelques mots sur des pétrifications trouvées dans Besançon et les environs.

(1) Histoire de l'Eglise de Franche-Comté. Avertissement p. 5

Nous ne pouvons que faire nôtre, en grande partie, l'appréciation de M. Estignard.

Dunod historien n'a pas de plan, ni de méthode. C'est un compilateur qui se reprocherait d'omettre un détail curieux susceptible d'intéresser son lecteur. Aussi devons-nous reconnaître qu'à côté des griefs que nous pouvons lui faire, il a droit à des remerciements

C'est grâce à lui que nous connaissons certains détails curieux de notre Province et nous pensons être agréable à notre lecteur en en plaçant deux sous ses yeux.

Il y avait à Besançon, une fête des fous qui se passait dans les deux cathédrales et que célébraient chaque année les prêtres le jour de la Saint-Jean, les diacres le jour de la Saint-Étienne et les enfants de chœur le jour des Saints-Innocents.

Chaque ordre élisait un Cardinal appelé roi des fous. On le conduisait en cortège à la place de l'officiant. On lui rendait les honneurs bouffons. Il donnait même des bénédictions et l'on célébrait son élévation par des chants bizarres et ridicules. Puis le roi traversait la ville en cavalcade avec une suite gigantesque et divertissait le public par des bouffonneries. Il arrivait souvent, quand les cavalcades des différentes églises se rencontraient « qu'elles se chantaient pouille » et on en venait aux mains. Aussi cet usage fut-il supprimé du consentement de toutes les églises en 1518 « à l'occasion d'un combat sanglant qui se fit sur le pont entre deux de ces cavalcades » Dunod et quelques savants auteurs rattachent cet usage au Saturnales de l'antiquité (1).

Un autre usage qui ne manquerait pas de faire sourire

(1) Dunod, p. 228

aujourd'hui existait dans chacune des cathédrales aux matines du mercredi des quatre-temps de l'avent. On y représentait le mystère de l'Annonciation d'une manière que seule peut expliquer la foi naïve de nos ancêtres. Sur un petit théâtre dressé dans la chapelle, on habillait proprement une jeune fille de dix à douze ans qui devait représenter la vierge. Un enfant de chœur « vêtu avec des ailes » représentait l'ange Gabriel. Il chantait gracieusement les paroles de l'annonciation. La jeune fille lui répondait sans doute de même et après les paroles de l'ange annonçant la venue du Saint-Esprit : *Spiritus sanctus superveniet in te*, on faisait descendre sur la vierge une colombe par une corde attachée aux galeries de l'église où se trouvait pour la circonstance un vénérable père éternel. Cette cérémonie occasionnait souvent et on le comprend sans peine, des clameurs et des tumultes « surtout dans le temps qu'on faisait descendre la colombe sur la vierge ».

Aussi Dunod nous apprend-il qu'elle fut supprimée assez tard, toutefois, en 1704.

TROISIÈME PARTIE

Examen de quelques questions

Nous avons choisi dans les ouvrages de Dunod, quelques questions particulièrement intéressantes en réunissant sous la même rubrique les questions éparses dans l'œuvre du jurisconsulte.

Les principales questions sur lesquelles portera notre étude sont :

a) Justices seigneuriales ;
b) Les fiefs (droits et obligations réciproques) ;
c) Gens mariés (douaire et rente) ;
d) Successions (rentes) ;
e) Mainmorte.

a) Justices seigneuriales

Les juridictions du Moyen Age se subdivisaient en hautes, moyennes et basses justices. Les glossateurs rattachaient cette division tripartite au Droit romain en la faisant découler de l'*imperium merum*, de l'*imperium mixtum* et de la *jurisdictio*.

Dunod combat cette théorie en constatant tout d'abord qu'à Rome les pouvoirs étaient en des mains différentes.

La connaissance des crimes capitaux était réservée au peuple : *provocatio ad populum*. Le préteur urbain n'avait pas le *jus gladii*, mais l'*imperium mixtum* qui lui suffisait

pour assurer l'exécution des sentences. Le *jus gladii* ou *imperium* dans toute son étendue, n'était accordé qu'aux consuls et aux gouverneurs des provinces, qui avaient le commandement et la puissance publique et étaient armés de tous les pouvoirs nécessaires au maintien des lois.

Il compare cette situation à celle existant au Comté de Bourgogne « où il est libre, à tous sujets des Seigneurs, « d'intenter les causes criminelles et civiles, réelles et « personnelles au Bailliage du Souverain ou à la justice « seigneuriale (1) ».

Et il conclut ainsi : « On peut juger par ce crayon (2), de « nos justices seigneuriales si elles sont dérivées des lois « romaines, et formées sur les règles qu'elles prescrivent.

« En soutenant l'affirmative, on sépare la juridiction « de l'empire, sans lequel cependant elle ne peut subsister. « On donne à de petits juges de village le droit de vie et « de mort, *jus gladii* et de nommer des tuteurs..., on « suppose la juridiction inhérente aux basses justices « qui ne peuvent cependant juger que des affaires de « petites conséquences et n'ont, au reste, qu'une simple « notion ou instruction dans certains cas.

« Il me paraît donc plus naturel d'attribuer l'origine « de ces justices aux mœurs des Peuples étrangers de « l'Empire qui s'y sont rendus les maîtres et souverains : « la division et les différentes espèces des justices de « Seigneur aux démembrements qui se sont faits pour « différentes causes des hautes justices territoriales qui, « à mon avis, étaient seules au commencement (1). »

En résumé, les justices des seigneurs auraient été uni-

(1) *Op. cit.*, p. 99.
(2) *Op, cit.*, p. 11.

ques à l'origine sur chaque territoire, ce qui explique l'opinion de Guy Coquille : « Qu'il n'y a à proprement « parler qu'une justice en son essence sur chaque seigneu- « rie, mais que tout comme le désire chaque particulier « de posséder pour soi, a fait former divers degrés de « propriété, il en a été de même des justices (1). »

b) Les fiefs et les cens au comté de Bourgogne

Dunod étudie très minutieusement les règles posée par la Coutume en matière de fiefs.

Par une interprétation peut-être hardie, il trouve l'origine du fief chez les Romains « Je crois, dit-il (2) qu'on ne révoquera pas en doute que les Romains « n'ayent introduit dans leur Empire la substance des « fiefs, peu étendus d'abord et pratiqués seulement « dans les frontières de l'Empire à l'égard de leurs « soldats et des barbares qu'ils y avaient placés, mais « devenus universels dans l'Empire par la manière « d'avoir des troupes soudoyées en tous temps, et obli- « gées de marcher au premier ordre dans les états qui « se sont formés, des débris de l'Empire d'Occident, « sous le nom de Leudes et fidèles et les terres qu'ils « avaient reçues à cette condition, sous le nom de Sortes « et de Leda. »

Il examine successivement les obligations du vassal, la transmissibilité des fiefs, l'application notamment de la règle « le Mort saisit le Vif » et puis il passe à l'examen des cens.

D'où vient cette expresssion ? — Elle est dérivée,

(1) *Coutumes du Nivernais*, ch. I, art. 2.
(2) *Op. cit.*, p. 93.

semble-t-il tout d'abord affirmer, du mot *censere* qui, en droit romain, signifiait « décrire dans un registre public « le nom des sujets de la République et de leurs biens ».

Mais, s'empresse-t-il d'ajouter : « Il s'agit là du tribut « public qui est dû à l'état et nos cens, sont des redevances privées qui sont dues à des particuliers, auxquels « il faut par conséquent chercher une autre cause ou une « autre origine. »

Il faut plutôt, pour en apprécier la portée, se référer au droit canon. Ce dernier assignait au cens deux causes : *vel in signum subjectionis*, *vel ratione fundationis*.

D'après Dunod, les cens en Bourgogne n'ont pas été établis *in signum subjectionis*, ce qui les rendrait imprescriptibles, mais au contraire, *ratione fundationis*, c'est-à-dire consentis par la concession du fonds pour lequel ils se paient.

Dunod se fonde sur l'article premier de la Coutume de Bourgogne qui porte « que les censes dues porteront « pour les seigneurs censables, lods, directe, seigneurie, « droit de retenue ou amende, selon que les dits seigneurs « auront constitué les dites censes, ou qu'ils en auront « usé ».

Les termes de l'article s'appliquent à tous les seigneurs même censiers, démontrent qu'il s'agit bien d'une institution privée.

Au surplus, si le cens du Moyen Age avait été la suite du cens romain, on en aurait trouvé trace dans les lois bourguignonnes de même que l'on y trouve l'origine des mainmortes et d'autres redevances. Or, aucune mention du cens n'y figure, pas plus que dans les formules de Marculfe ou les titres quelconques antérieurs aux Capétiens.

La conclusion est que le cens est éminemment coutumier et qu'il a été établi sous la troisiéme Race, non comme reconnaissance de la sujétion, mais pour la concession des terres et sur le modèle des emphytéoses. Le mode de paiement des cens le démontre également. Ils sont payés, dit Dunod, en « sols gros et deniers tournois ou estevenans, « oboles, pites et engrognes ».

Enfin Dunod répond à un dernier argument invoqué en faveur du cens *Ratione subjectionis*, à savoir la modicité du cens en disant « qu'il n'en faut pas conclure parce « qu'ils ne répondent pas à la valeur actuelle des fruits, « qu'ils n'aient pas été réservés et promis dans la con- « cession des francs alleus, même par manière de com- « pensation de fruits, soit parce que la rétention des droits « de lods et autres doit entrer en considération pour la « diminution du cens, soit parce que le prix des fonds et « des denrées a été augmenté depuis la découverte des « Indes Occidentales qui ont rendu l'or et l'argent commun « en Europe ».

L'origine une fois démontrée, Dunod passe en revue les différents cens.

Le cens direct seul donnait droit aux lods, retenues et amendes, ce que certains auteurs appellent prérogatives de la justice censière. Les lods sont déterminés soit par le titre, soit par l'usage. En Bourgogne comme à Paris d'ailleurs, ils sont à 1 /12 du prix. Quant au droit de retenue, c'est-à-dire au droit de prélation en faveur du seigneur direct, il ne faut pas le confondre avec le droit de retrait.

Alors que ce dernier ne s'applique qu'aux fiefs, le droit de retenue s'applique sans distinction à toutes les tenures, nobles ou roturières.

Ce droit exorbitant n'était pas dans la Coutume de

Paris pas plus que dans la Coutume locale de Besançon. Dunod le justifie en Bourgogne en disant que le seigneur direct ayant été le seul propriétaire de la chose en conservant un domaine civil et supérieur, il est juste lorsqu'elle change demain de lui accorder le droit de la prendre pour lui en dédommageant l'acquéreur de manière qu'il n'en souffre aucune perte. Dunod lui-même semble reconnaître que ce droit est exorbitant, puisqu'il ajoute qu'il doit être expressément stipulé ou réservé par l'usage.

Le cens est-il prescriptible. On distingue le cens direct et le cens foncier. Pas de difficulté pour ce dernier qui est en somme une redevance annuelle dont on peut prescrire l'exemption par la simple cessation de paiement (1). Dans ce cas, la prescription sera de quarante ans prévue par l'ordonnance, prescription quadragénaire résultant du caractère hypothécaire du cens (ordonnance de 1564). Toutes rentes annuelles confessées et reconnues par écrit et portant hypothèque, ne pourront être présentées quant au principal, sinon après le temps et terme de quarante an.

Quant au cens direct, on ne peut pas en prescrire l'exemption, parce qu'il est recognitif de la seigneurie et que celui qui a commencé à posséder sous un domaine supérieur et direct est censé continuer cette possession de même. Exception est faite pour le tiers possesseur de bonne foi en vertu de la maxime « Nulle terre sans seigneur ». Il pourra prescrire contre le domaine direct parce que la cause de la possession est changée. C'est ce que nous appellerions aujourd'hui « l'intervention de la possession ». Dumoulin était d'un avis contraire, mais son opinion était généralement rejetée.

(1) Il n'est pas permis à Besançon ny dans les anciens territoires et banlieue de cette ville de stipuler aucun censes portant droit de retenue, retour et caducité (art. 1, titre V).

En terminant l'examen du titre des cens, nous croyons intéressant d'examiner quelle était la situation en Bourgogne au point de vue de l'acquisition par l'Église de tenures féodales ou censables.

L'article 4 inséré on ne sait pourquoi au titre de la chasse, décide que le seigneur du fief et même censier, peuvent faire contraindre les gens d'église, collège et communauté « à mettre hors de leurs mains dedans an « et jour la chose qui leur adviendra par transport autre- « ment, mouvant de fiefs ou censable de telles censes « que dit est après qu'ils en seront interpelés et sous peine « de commise ».

Charles-Quint, par une ordonnance, a étendu cette coutume même aux héritiers de mainmorte et autres de quelque manière qu'ils soient. Ces textes nous démontrent que Sa Majesté très catholique n'en appliquait pas moins les principes féodaux aux concessions ecclésiastiques qu'aux biens laïcs et même avec une rigueur inconnue dans la plupart des pays soumis au régime féodal. En effet, on sait que l'acquisition des tenures par l'Église était considérée avec défaveur par les seigneurs soit au point de vue féodal, soit au point de vue pécuniaire. Ce principe apparaît déjà nettement posé dans une lettre de Louis IX aux bourgeois de Tournai en l'an 1235 (1).

Trois systèmes, on le sait, avaient été employés pour empêcher les acquisitions ecclésiastiques. Nous nous permettons de les rappeler brièvement.

Le premier était dans l'obligation pour l'Église de constituer un homme vivant et mourant ; « il convient d'avoir homme vivant et mourant qui soit responsable de ce ténement » (Bouteillier : *Somme rurale* 1-84,

(1) Voir Esmein, p. 311, *Précis de l'histoire du droit.*

p. 490). C'était le système des Coutumes de Montfort, du Bourbonnais, de Bretagne, etc...)

Le deuxième qui devait supplanter plus tard tous les autres donnait droit au seigneur de percevoir une fois pour toutes, un droit correspondant à la perte qu'il devait éprouver par la suite en raison de l'absence des lods et vente.

Ce droit fut appelé amortissement, d'abord laissé à l'arbitraire du seigneur, il fut plus tard réglementé par la Coutume et finit par devenir un droit régalien.

Le troisième le seul usité en Bourgogne et qui se trouve relaté dans les termes suivants : « Article 4. Coutume « ale seigneur du fief et le seigneur censoer de censes « pourtant lods et retenue peuvent faire contraindre les « gens d'église, collèges et communautés à mettre hors « de leurs mains dedans an et jour la chose qui leur advien- « dra par transport et autrement après qu'ils en seront « interpellés sous peine de commise. »

Cet article a été sanctionné par de nombreuses ordonnances limitant à différents points de vue le droit d'acquisition des communautés religieuses. Citons parmi les principales :

1° l'ordonnance de 1581 ;

2° une déclaration du 12 novembre 1686 ;

3° un édit du 18 mai 1731.

c) Des gens mariés et de l'autorité maritale

Les coutumes et le droit romain étaient en contradiction absolue en ce qui concerne les effets du mariage. Les Coutumes admettaient l'émancipation tacite résultant de l'âge, du mariage ou de « la foris familiatio », c'est-à-

dire « la mise hors du pain et pot ». Une distinction semble même avoir été faite entre les filles et les fils.

L'établissement séparé résulte pour les filles du mariage. Aussi sont-elles émancipées par là de la puissance paternelle. Pour les fils, le mariage n'implique pas toujours la fondation d'un foyer à part et l'émancipation tout au moins au début n'en est pas la conséquence forcée.

Dans les pays de droit écrit, l'affranchissement de la puissance paternelle ne peut résulter en principe que d'une émancipation expresse, déclaration devant le juge ou acte notarié.

Quelles sont à cet égard, les règles suivies dans le Comté de Bourgogne ?

La fille de famille seule se trouve émancipée par le mariage. La Coutume déclare en effet « qu'elle peut tester « et disposer par testament, dernière volonté ou donation « à cause de mort sans l'autorité de son mari, de son père « ou ayeul paternel ». Il est à remarquer sur ce point que la Coutume de Besançon différait de notre Coutume et que s'inspirant d'une façon plus complète du droit écrit, le mariage n'émancipait ni les fils, ni les filles de famille.

Quelle est la valeur des actes passés par la femme sans l'autorisation de son mari ?

Sont-ils frappés d'une nullité absolue ou d'une nullité relative ? La question qui ne fait plus de doute aujourd'hui en présence des termes absolus du code civil a été l'objet au Moyen Age de nombreuses controverses.

D'après Beaumanoir, l'acte fait sans autorisation n'est opposable ni au mari, ni à la femme durant le mariage.

Mais il est peut-être opposé à cette dernière une fois le mariage dissous. L'autorisation n'est donc pas requise dans l'intérêt de la femme. Elle n'a d'autre but que d'assu-

rer l'unité de direction du mariage, chose dont il n'y a plus raison de se préoccuper quand le mariage a cessé d'exister (1). Dans cette opinion les tiers qui traitent avec la femme non autorisée n'ont aucun droit de se prévaloir de la nullité de l'acte car elle n'est point établie dans leur intérêt.

Au XVI^e^ siècle, l'idée de protection de la femme a gagné du terrain et il est admis qu'elle peut invoquer la nullité de l'acte après la dissolution du mariage.

Les tiers ont-ils alors l'action en nullité ? On discute. La plupart des anciens auteurs : d'Argentré, Lebrun, Ferrières, Bourgon, etc... continuent à leur refuser l'action en nullité. Pothier et Merlin la leur accordent. En somme, nullité relative et nullité absolue ont chacune leurs partisans. Il n'est peut-être pas sans intérêt de remarquer que la nullité d'actes de la femme non autorisée pouvait être alléguée sans lettres de rescision, à la différence de celle des actes du mineur et par conséquent pendant trente ans, car seule la durée de l'action en rescision a été fixée à dix ans par l'ordonnance de 1510. Ce rapide exposé de la situation générale des Coutumes au point de vue qui nous occupe va nous permettre de voir de quel côté va se ranger notre auteur.

Il déclare, tout d'abord, que l'intérêt de la femme et celui du mari sont entrés en considération pour qu'il ne fut pas permis à la femme de contracter ou d'ester un jugement sans l'autorisation de son mari. Mais il ajoute « ce « n'est pas la cause motive et principale de la Coutume « et qu'elle doit être tirée non de la fragilité du sexe, « puisque les filles majeures contractent ou plaident « librement ».

(1) *Coutume de Beauvaisis*, n° 43.

Il en trouve deux autres raisons. Tout d'abord la subordination de la femme à l'homme. D'après lui, cette subordination est fondée, soit sur la loi naturelle « le plus faible « doit être soumis au plus fort » soit sur l'ordre de la création « de la femme tirée de l'homme même pour lui servir « d'aide » *Faciamus ei adjutorium simile sibi*, « soit par la loi divine » *Sicut Ecclesia subjecta est Christo ita et mulieres in omnibus*. Le respect et la soumission de la femme envers son mari sont donc une premiere raison pour laquelle notre Coutume exige que l'autorité du mari intervienne dans les contrats de la femme et lorsqu'elle paraît en jugement (1).

La seconde raison est la pudeur du sexe et la bienséance convenable à l'état d'une femme mariée qui exige qu'elle ne paraisse pas sans la permission de son mari pour contracter ou ester en jugement. Il en trouve une preuve dans la Coutume constatée par Chasseneuz que l'usage en Bourgogne voulait que les femmes mariées en présence d'un autre homme que leur mari, se couvrissent la moitié du visage par modestie. *Nuptiae*, dit notre savant auteur vient en effet de *nubere*.

Et il conclut en se ralliant complètement aux partisans de la nullité absolue, que l'acte est complètement nul. Le tiers qui a contracté avec la femme peut en proposer la nullité aussi bien qu'elle et son mari, et la ratification même de la femme et du mari après la dissolution du mariage ne rend pas le contrat valable sans un nouveau consentement du tiers obligé, au préjudice de qui, ce consentement n'a pas un effet rétroactif.

Une autre question traitée dans ce titre par Dunod, est celle de savoir si la tutelle perpétuelle romaine a passé dans notre Droit. Il peut y avoir des raisons d'en douter.

(1) Dunod, *op. cit.*, p. 293.

Nous savons, en effet, que la tutelle perpétuelle a subi avec le temps des atténuations dont la principale était le *jus liberorum* accordée par Arcadius d'une façon générale. Il est à remarquer d'autre part que Justinien n'en fait aucune mention. Dunod n'hésite pas à déclarer qu'il lui paraît qu'elle a été conservée au mari « par nos mœurs ». C'est, ajoute-t-il, le droit adopté d'ailleurs dans plusieurs provinces de Droit écrit : *nam et hodie mulieres fere in perpetua sunt tutela ; nuptiae quidem maritorum, virgines vero vel viduae propinquarum vel, a magistratu datorum.* La conclusion est que le mari est le conseil naturel et le « curateur né de sa femme » et que celle-ci ne peut faire aucun acte sans son consentement et son autorisation. La présence du mari ne suffirait pas pour la validité de l'acte.

De la dot et des droits du mari sur les biens de la femme.

Les règles générales relatives à la dot ne sont en principe que l'application des règles romaines. Nous n'insisterons donc pas sur ce point. Il est nécessaire néanmoins d'indiquer que l'action dotale n'existe pas en Bourgogne ou on applique la maxime : « Ne dote qui ne veut. »

Quels sont les droits du mari sur les biens dotaux ?

La question est controversée. Les interprètes, dit Dunod, sont communément d'avis qu'il a « le domaine civil des biens dotaux. » C'est pour ce motif qu'il en fait les fruits siens et qu'il peut agir sans procuration de sa femme pour s'en conserver la possession ou la recouvrer quand il l'a perdue. Les partisans de cette théorie invoquent à l'appui de leur opinion trois lois du Digeste.

1° Loi *Doce ancillam* ou l'on trouve les expressions *dubium non erit vindicari ab uxore tua nequivisse.* Dunod fait remarquer que l'on ne sait pas exactement l'hypothèse de cette loi.

Il repousse également le second argument des interprètes tiré de la loi *Maritus* au code de *procuratoribus. Maritus... intercedendi liberam habeat facultatem.* Cette intercession, dit-il, n'est en somme que le droit pour le mari d'agir en justice à la place de sa femme, mais ne lui donne nullement la propriété des biens de celle-ci.

Quant à la loi *de rebus dotalibus*, elle serait sans application parce qu'elle ne parle que de la revendication par la femme de son bien depuis qu'il a cessé d'être dotal.

Après avoir ainsi écarté l'opinion généralement admise Dunod s'exprime ainsi : « J'aime mieux dire simplement « que le mari a un droit réel sur les choses dotales, « fondé sur la tradition qui lui en a été faite pour les posséder et en faire les fruits siens et sur ce que le mari « possède de bonne foi le bien dotal et le détient dans ses « biens, en vertu d'un titre légitime et onéreux (1). »

Il s'appuie notamment sur un texte d'Ulpien 59 *ad edictum* où l'on relève ces mots : « *in bonis nostris computari sciendum est non solum quae domini nostri sunt, sed etsi bona fide a nobis possideantur.*

Il faut reconnaître que les termes de l'art. 11 de la Coutume de Bourgogne semblent donner raison à la théorie de Dunod. Il est ainsi conçu : « Le mari constant le mariage) fait les fruits siens des biens dotaux de sa femme et de tous autres qu'adviendront à icelle par quelque titre ou moyen que ce soit, et pour la poursuite d'iceux en matières possessoires peut être et comparoire en jugement sans procuration de sa femme.

Une des conséquences intéressantes des pouvoirs du mari est que non seulement il jouit des droits utiles affé-

(1) Dunod, *op. cit.*, p. 324.

rents aux biens dotaux mais encore des droits honorifiques qui y sont attachés, par exemple : présentation aux bénéfices, hommages des vassaux, droits et honneurs de l'Eglise, avoir les échutes, commises et droit de retenue, etc...

d) Du Douaire

Le mot douaire vient de *dotarium* ou *dotalilium*, mot qui désignait ce que les maris assuraient en cas de décès aux femmes qui n'apportaient rien en dot. Mais il appartient par son origine au droit romain par la donation *propter nuptias*.

On distinguait deux sortes de douaires, le douaire conventionnel ou préfixe et le douaire coutumier ou légal. Le premier excluait le second, mais ne pouvait être constitué durant le mariage de crainte qu'il ne servit à dissimuler des libéralités entre époux.

La quotité du second variait avec les coutumes, il était en général de moitié, conformément à l'ordonnance de 1214, mais le douaire du tiers était très répandu dans les provinces de l'Ouest. La Coutume du Comté de Bourgogne se rattachait aux deux catégories. Entre nobles la quotité du douaire était de moitié des anciens héritages du mari, entre bourgeois du tiers de sa dot.

A cet égard, Dunod (1) estime que les deux époux doivent être nobles pour qu'il y ait lieu au douaire de moitié. L'argument qu'il invoque ne manque pas de sens pratique. « Si on objecte, dit-il, que la femme roturière qui épouse « un homme noble participe à sa dignité et doit faire « honneur à sa mémoire, l'on répond que notre Coutume « suppose qu'un homme noble ne se mésallie que pour épou-

(1) Dunod, *op. cit.*, p. 351.

« ser une femme riche et relever sa fortune au moyen de « quoi sa veuve gagnera plus à être douée de la tierce « partie de sa dot que si elle l'était à la moitié des biens « de son mari. »

Le douaire est-il dû lorsque la dot n'a pas été payée, quoique constituée et promise ? Dunod répond par l'affirmative si le douaire est préfix, par la négative s'il est coutumier.

La coutume du Comté contient enfin une disposition visant le douaire en cas de secondes noces. Les veuves qui se remarieraient étaient privées de la moitié du douaire et une ordonnance de 1626 des archiducs Albert et Isabelle décidait même qu'on ne pouvait déroger à cette règle par une convention contraire.

La Société conjugale

Nous diviserons ici nos explications en trois paragraphes :

1° les origines de la communauté ;

2° la composition de la communauté ;

3° les pouvoirs du mari sur la communauté.

I. — *Origines de la communauté*

On a beaucoup discuté sur l'origine de la communauté de biens. Dunod fidèle à ses théories la rattache à l'Evangile (1) : *Erunt duo in carne una, mulier erit subdita viro.*

Il en trouve également une origine plus laïque dans la phrase célèbre des Commentaires de César (2), voire même dans la loi des Bourguignons ou des Ripuaires et au besoin

(1) *Op. cit.*, p. 368.

(2) *Ujus omnis pecuniae conjonctim ratio habetur*, livre VI, de Bello gallico.

dans les formules de Marculfe : *Per eam societatem bonorum quae inter conjuges intercedit.* Il serait peut-être plus exact de lui attribuer une origine coutumière. La Coutume de Laon (1128) parle d'une communauté d'acquêts entre époux. Le livre de justice et de Plet y fait une allusion, « *et se home conquiert*, lui et sa femme et il muere, sa femme « sera heir en la moitié par la resone la compaignie et des « nobles ausin (C. F. P. 169-170-225-231) ».

Beaumanoir affirme d'une manière catégorique l'existence de la communauté conjugale et la présente comme un usage immémorial « chascuns set que compaignie se fet « par mariage, car si tost comme mariages est fes, li bien « de l'un et de l'autre sont communs par la vertu du « mariage. Mes voirs est que li hons en est mainburnisseres. »

Il est hors de doute que les communautés taisibles du Moyen Age formées entre « gens de poeste » et résultant du seul fait de la vie en commun pendant l'an et jour ont facilité l'adoption et l'extension de la communauté entre époux. Mais nous ne serions pas d'avis que ces institutions soient la conséquence l'une de l'autre (1).

II. — *Composition de la Communauté*

En Bourgogne, les articles 2 et 4 de la Coutume de Bourgogne, indiquent la composition de la communauté. L'article 2 vise la situation des nobles et l'article 4 la condition des femmes appartenant à la Bourgeoisie.

Article 2 : « Nobles gens mariés ensemble sont communs « en biens meubles et en acquêts d'héritage qui sont faits « constants le mariage, jacoit ce que si le mari survit à

(1) Planiol, 4e édition, tome III, p. 54.

« la femme, ledit mari demeure seigneur des meubles. »

C'est la Coutume du mari, au temps du mariage qui règle l'importance de la communauté et non celle de son domicile d'origine.

Il est nécessaire que les deux conjoints soient nobles et nobles par titres ou par prescription immémoriale. Un roturier marié à une fille noble et anobli pendant son mariage ne rentrerait pas dans l'hypothèse prévue.

Une particularité de la Coutume est que, en cas de survivance du mari, il demeure « seigneur des meubles » ce qui signifie que la totalité des meubles lui appartient. Dunod justifie cette particularité en disant « qu'il convient au mari noble d'être et de rester meublé suivant sa condition et qu'il y aurait de l'indécence à admettre les héritiers de la femme à partager les meubles qui lui sont nécessaires. »

La Coutume de Bourgogne se rapproche à cet égard quelque peu de celle de Paris où l'article 238 de la Coutume accordait également au mari survivant tous les meubles hors la ville et le faubourg mais à la condition qu'il n'y eut pas d'enfants du mariage. Elle diffère de celle du Duché de Bourgogne qui refuse au mari survivant ce préciput sur les meubles de la communauté.

Cette société conjugale comprend-t-elle des droits incorporels ?

Dunod résout la question par l'affirmative. Le mot héritage, dit-il, comprend tout ce qui est immeuble et son opposition à meuble démontre que cette dernière expression ne comporte aucune exception.

L'article 4 est ainsi conçu : « Femme mariée par la Cou-
« tume générale dudit comté gardée entre les bourgeois
« est participante avec son mari, en acquêts de biens,
« immeubles, tant seulement faits constant le mariage. »

Cet article s'applique-t-il à toutes les femmes non nobles et même aux femmes mainmortables ?

Dunod répond affirmativement en s'appuyant sur le texte de la Coutume « femmes mariées » et sur ce fait que la femme mainmortable étant capable de mariage comme la femme bourgeoise, elle doit jouir comme celle-ci des avantages et des effets du mariage.

La communauté pécuniaire entre personnes non nobles est, comme on le voit, moins large que la communauté entre nobles. Elle ne s'applique, en effet, qu'aux acquêts immeubles.

Que faut-il entendre ici par acquêts ?

Le mot acquêt aurait ici le sens du mot *questus*, c'est-à-dire gain résultant du travail ou de l'industrie des époux même par « don de fortune » c'est-à-dire comprendrait même le trésor.

C'est dans ce sens que Loisel s'exprime quand il dit : « il n'est si bel acquêt que de don. »

Les héritages acquis par succession y sont-ils compris ? — Non. D'après Dunod, le parent était présumé dans le doute vouloir que son parent seul profite de sa libéralité et aussi dans l'esprit général des Coutumes qui est de conserver leurs biens aux familles.

Mais cette présomption peut céder devant une volonté contraire manifestée expressément.

Quelle est la nature des rentes selon la Coutume de Bourgogne ?

L'art. 14 s'exprime ainsi : « Rentes et héritages achetés « à réachat sortissent nature de meubles durant le temps « du réachat. » L'on sait l'importance qu'avait au Moyen Age la constitution de rentes qui se présentait sous deux

formes : le bail à rente et la constitution de rente, en d'autres termes la rente foncière et la rente constituée.

Le bail à rente permettait à l'aliénateur d'un héritage de retenir sur le fonds un droit réel, immobilier, en principe irrachetable, auquel l'acheteur avait néanmoins la faculté de se soustraire par le déguerpissement. La constitution de rente au contraire, n'était qu'une cession de somme d'argent à charge de servir une rente perpétuelle ou viagère. La théorie de la rente a eu au Moyen Age une importance capitale, parce qu'elle a servi dans nombre de cas à éluder les prescriptions de l'Église concernant le prêt à intérêt.

Au début du Moyen Age les deux sortes de rente avaient le même caractère, elles étaient toutes deux, immobilières et irrachetables.

Vers le milieu du XVI^e siècle, sous l'influence de Dumoulin, une différenciation se produisit en faveur de la rente constituée dont le caractère de personnalité fut reconnu par un arrêt du Parlement de Paris du 10 Mai 1557.

Néanmoins, on continua à les ranger parmi les immeubles sous prétexte que la rente formait un être moral distinct des arrérages, et surtout parce qu'elle avait trop de valeur pour ne pas être soumise aux règles protectrices de la propriété immobilière.

Quelle était, à cet égard, la situation dans le Comté de Bourgogne ?

Dunod explique qu'en principe (1) la liberté que le « vendeur d'une rente à prix d'argent ou d'un héritage « vendu à réachat, a de racheter l'un et l'autre, a fait « penser que ces rentes et héritages devaient être réputées

(1) Dunod, *op. cit.*, p. 395.

« meubles dans la société conjugale pendant e temps du « réachat et en conséquence que les femmes mariées par « la Coutume gardée au pays entre les Bourgeois étaient « exclues d'y participer. »

Il importe toutefois de retenir qu'une ordonnance de 1606, rendue par les Archiducs Albert et Isabelle, décida sur les remontrances des États du Comté de Bourgogne, que « nonobstant notre article 14, toutes les rentes via- « gères et constituées à prix d'argent, seront réputées « pour biens immeubles en tous cas, sauf en succession de « père et mère à leurs enfants auxquels ils pourront suc- « céder comme en meubles. »

Dès lors, les femmes mariées par la Coutume ont participé sans difficulté aux rentes constituées à prix d'argent acquises par leur mari pendant le mariage.

III. — *Pouvoirs du Mari*

Quels sont les pouvoirs du mari sur les biens communs ?

Pour les Coutumes, l'administration du mari est souveraine. Nous rappelons à cet égard la phrase de Beaumanoir : « Li maris de droit commun est sires de ses biens à sa fame.

Au XIII^e^ siècle, il y a cependant lieu de distinguer entre les meubles et les acquêts. Le mari peut disposer des meubles sans restriction.

Il ne peut disposer des conquêts qu'avec le concours de sa femme. La limitation de ses pouvoirs apparaît encore d'une façon plus frappante dès le XIV^e^ siècle en ce sens qu'il ne lui est plus loisible de disposer par donation sans le consentement de sa femme. En est-il de même dans le Comté de Bourgogne ?

L'art. 10 de la Coutume s'exprime d'une façon très large : « Le mari constant le mariage peut disposer et ordon-

« ner par donation, vendages, permutations et autres « contrats faits entre les vifs les héritages acquis cons- « tant ledit mariage, soit que lesdits acquêts soient faits « par lui et sa femme conjointement ou séparément ou « par l'un d'eux. » Il a donc les pouvoirs les plus absolus et c'est le cas d'appliquer ici l'adage de Dumoulin : « *Uxor non est proprie socia, sed tantum speratur fore* ». Ce que Pothier exprimait à peu près dans les mêmes termes en disant : « le droit de la femme sur les biens de la commu- « nauté, n'est pendant qu'elle dure, qu'un droit informe, « le mari pouvant en disposer comme de sa propre chose « de tous les effets qui le composent tant pour la part de « sa femme que pour la sienne sans être comptable » (1).

L'on remarque à cet égard que la Coutume de Paris qui permettait au mari des donations entre vifs à son plaisir et volonté et sans le consentement de sa femme y apportait une restriction. La donation devait être à personne capable et sans fraude (art. 225 de la Nouvelle Coutume).

Cette condition se rencontre-t-elle également dans la Coutume de Bourgogne ?

La question doit être résolue par l'affirmative et d'après Dunod, on doit s'en référer à cet égard à la Coutume de Paris et sous entendre les mots « sans fraude ».

On pourrait se demander à quoi reconnaître la fraude. Elle aurait lieu dans le cas où le mari disposerait au profit de ceux dont il doit hériter ou de ses batards et Dunod est même d'avis qu'il y aura fraude lorsque les donations à qui que ce soit sont considérables et il accorderait dans ce cas à la femme une action en indemnité ou la revendication pour moitié.

(1) Pothier, *Traité de la Communauté*, nº 497.

Cette interdiction devrait même s'étendre au donations que pourrait faire le mari « en extrêmité de maladie » et pareille libéralité serait nulle en ce qui excéderait la part de la femme, le mari ne pouvant disposer par testament que de la moitié de la communauté.

Renonciation de la femme

Comme compensation des pouvoirs exorbitants du mari sur la communauté, la femme pouvait y renoncer pour se soustraire aux dettes et poursuites des créanciers.

D'après la plupart des Coutumes du Moyen Age, la renonciation de la femme était symbolique.

Elle devait jeter sa ceinture, sa bourse et ses clefs sur la fosse du défunt dès que le corps était en terre et se garder de retourner « à l'hostel où les meubles sont et gésir aultre part. »

C'était la condition essentielle pour être quitte toujours des dettes.

Plus tard, elle put déposer ses divers objets sur le bureau du prévôt.

Ce symbolisme était observé dans le duché de Bourgogne ou l'art. 20 disait que la femme renonçante doit « se déceindre et laisser sa ceinture sur la fosse de son « mari incontinent après l'enterrement d'icelui si elle est « au lieu. » C'est la même d'après Dunod, l'origine de la cordelière que les veuves mettaient autour de leurs écus accompagnés de la devise : « j'ai le corps délié ». Il ne paraît pas que cette Coutume ait été suivie dans la Comté de Bourgogne.

L'article 18, en effet, décide que la femme qui voudra renoncer à la communauté devra faire cette renonciation en « présence du juge ou du notaire et de témoins, ou en

« présence du curé ou du vicaire du lieu et de témoins, « juge et notaire, avant que l'on tire le corps du trépassé « de l'hostel ».

Si elle n'est pas présente au lieu du décès, elle sera tenue de faire cette renonciation dans les vingt-quatre heures de la connaissance du décès. Ce délai était beaucoup trop court. La femme en effet, ne pouvait guère dans un laps de temps aussi bref, connaître la situation exacte des affaires de son mari. Aussi l'ordonnance de 1667 lui donna t-elle le même délai qu'à l'héritier, disposition qui est d'ailleurs passée dans notre Code.

La Coutume de Bourgogne semble ici encore différer à un autre point de vue des autre Coutumes. La renonciation n'était permise dans beaucoup de Coutumes qu'à la femme noble.

Si c'était une faveur qui leur était faite, ou en cherche vainement le motif, car il paraît bien difficile de croire que les nobles fussent les seuls à s'endetter malgré le proverbe : « Vilain a du comptant, une noble n'a jamais un sol. »

d) Les successions

Transmission des successions

En droit romain, la propriété des biens héréditaires est acquise de plein droit, non la possession.

Les héritiers volontaires doivent faire adition d'hérédité et demander au prêteur la *bonorum possessio* par l'interdit *quorum bonorum.*

D'autre part, certains héritiers sont dits nécessaires et ne peuvent en principe se soustraire aux charges des successions.

Que sont devenues ces règles au Moyen Age ?

Elles changent complètement avec l'apparition de la maxime « le mort saisit le vif ».

Quelle est l'étendue, quelles sont les conséquences de cette maxime et quelle en a été l'origine ?

Conséquences : Dès le décès, l'héritier a tous les avantages possessoires : droit aux fruits, rôle de défendeur au pétitoire, exercice des actions possessoires, continuation de la possession de son auteur pour arriver à l'annalité et enfin faculté d'appréhension sans intervention du seigneur ou de justice.

Dans la plupart des Coutumes, ce bénéfice n'appartient qu'aux seuls héritiers *ab intestat* descendants et ascendants.

Vers le XVI^e^ siècle, il sera étendu aux collatéraux, mais n'est accordé que très rarement aux successeurs testamentaires.

Origine : Elle est très controversée et quatre systèmes sont en présence.

Les uns y voient une origine romaine.

Sans doute la théorie des *sui heredes*, c'est l'opinion de M. Planiol (t. III, p. 389, n° 1932), de M. Violet. La deuxième opinion dont l'inspirateur est Laurière, soutient que cette théorie a été admise contre la fiscalité féodale afin d'éviter les droits d'ensaisinement et le relief.

Le troisième système y voit une survivance du droit germanique et de l'ancienne copropriété familiale (1).

La possession, dit M. Brissaud, se trouvait acquise à l'héritier du droit germanique lors du décès de son auteur par une conséquence toute naturelle de sa situation de fait.

(1) Brissaud, tome II, page 628, *Hisotire du Droit privé.*

L'héritier le plus souvent, fils ou petit-fils du *de cujus*, vivait sous le même toit que lui.

Il était à la fois copropriétaire et copossesseur des biens de la famille. En disant qu'il avait la saisine dès le décès, on exprimait non pas une fiction mais une réalité et un fait positif.

D'après d'autres auteurs et non des moindres, M. Capitant (1) entre autres, l'explication ci-dessus serait peu acceptable, car la saisine n'aurait dû alors se développer que pour les immeubles successoraux. Ce qui serait plus vraisemblable d'après M. Capitant, c'est que la saisine est une création originale dans notre ancien droit ne remontant pas plus haut que le XIII^e^ siècle. On en trouve la première trace dans un arrêt du Parlement de Paris de 1259 (2). Plus tard, les Établissements de Saint-Louis (livre II, titre XL), la signalent comme une institution « orléanaise » et li usage d'orléanois si est que le « morz saisist le vif ».

En Bourgogne, l'art. 1 s'exprime ainsi : « le mort saisit « le vif. Son héritier testamentaire institué en testament solennel ou nuncupatif est aussi le mort saisit le vif son plus prochain héritier habile à lui succéder *ab intestat* ».

Une première remarque s'impose à la lecture de ce texte. C'est que, contrairement à l'ensemble du droit coutumier la maxime est appliquée aux héritiers testamentaires. Dunod justifie cette « extension » Le droit romain (3). « dit-il, qui est le droit commun de la province préférant « la succession testamentaire à la succession *ab intestat* « donne la liberté de disposer à cause de mort de toutes

(1) *Précis du Droit civil*, 2^e^ édition, p. 450.
(2) *Olim* I, p. 452, n° 16.
(3) Dunod, *op. cit.*, p. 430.

« sortes de biens et subroge la disposition de l'homme « à celle de la loi. »

Pareille disposition se trouverait d'après notre auteur, dans les coutumes du Berry, de Bordeaux et du duché de Bourgogne.

Les héritiers testamentaires ne jouissent du droit que leur donne la Coutume que s'ils sont héritiers c'est-à-dire appelés à recueillir tout ou partie de la succession. Les simples successeurs aux biens qui ne sont tenus que *promodo emolumenti* sont ils saisis ? Tel serait le cas de l'abbé, du seigneur haut justicier, du seigneur en mainmorte.

D'après Dunod, il faudrait distinguer entre ceux qui succèdent et ceux que nous pourrions qualifier *ex certa re* pour employer la définition romaine. Les premiers seraient saisis. L'abbé est ainsi saisi du pécule de son religieux, le seigneur est saisi en cas d'échute du sujet mainmortable. Il en serait différemment de l'échute des biens de mainmorte possédée par l'homme franc. Le seigneur ne serait pas saisi et devrait demander la délivrance par voie de pétitoire.

« Le mort saisit le vif », s'applique-t-il aux héritiers contractuels ? En principe, non, étant donné les termes de l'article.

Dunod est d'un avis contraire ; comme notre usage « est qu'on puisse faire des héritiers par contrat de mariage, « ce que nous avons admis contre les dispositions du droit « romain que les héritiers contractuels sont de vrais héri- « tiers, et ils doivent être par identité de raisons et par une « interprétation favorable de la Coutume, jugés, saisis « comme les autres.

Mais ils ne peuvent transmettre leur droit qu'à leurs

enfants et jamais à d'autres héritiers lorsqu'ils meurent avant l'institution, parce qu'ils ne sont censés institués que sous cette condition.

II. — Ordre des Successions

Le système archaïque romain avait été radicalement bouleversé par les Novelles 118 et 127 où Justinien avait établi un ordre successoral pouvant se résumer de la façon suivante, en première ligne : les descendants, les ascendants; en deuxième ligne : les frères et sœurs germains; en troisième : les frères et sœurs utérins ou consanguins; et enfin en quatrième : les collatéraux ordinaires.

Les Coutumes apportèrent divers changements aux règles du droit romain et toutes dans le même esprit à savoir de conserver les biens anciens et les immeubles du défunt dans la ligne et dans la parenté d'où ils viennent.

Nous jugeons utile, en raison des dispositions particulières de la Coutume de Bourgogne, sur ce point, de préciser quel était à cet égard, le droit général des Coutumes.

Elles se divisaient en trois classes :

1° Les Coutumes souchères (Tours, Nantes, Reims) où le propre est attribué au descendant du premier acquéreur et revient à la souche dont il a été détaché. Leur inconvénient était qu'il y avait autant de successions que de propres ayant une origine distincte, ce qui nécessitait des recherches très compliquées sur la généalogie de chacun d'eux. Ce système était le plus fidèle à l'idée de conservation des biens dans la famille.

2° Les Coutumes de côté et ligne (Paris, Meaux), le propre va aux parents quelconques du premier acqué-

reur descendant d'abord et à défaut collatéral si le premier acquéreur n'a pas laissé de descendants, le propre passe à la famille de son frère ou de son oncle au patrimoine duquel il n'avait pourtant jamais appartenu.

3° Les Coutumes de simple côté (Chartres) attribuaient au plus proche parent paternel du *de cujus*, tous les propres paternels et au plus proche parent maternel, tous les propres maternels. On supprimait ainsi toutes les difficultés d'application, mais au risque de dépouiller une famille au profit de l'autre.

La Coutume de Bourgogne appartenait à la classe des Coutumes souchères et Dunod en donne ainsi, d'une façon pittoresque la raison (1) : « semblable à un arbre « dont le tronc fournit la nourriture à diverses branches, « si l'une de ces branches vient à être coupée, le suc qui « était destiné à la nourrir, retourne à la plus prochaine, « mais tout comme si l'on greffe une des branches de « l'arbre, elle ne communique sa nouvelle qualité qu'aux « rameaux qu'elle produit, et ne la fait pas repasser par « le tronc éloigné pour la transmettre à d'autres branches... « et si l'auteur d'une branche a acquis quelque chose, « ce qu'il a acquis ne passe qu'à ses descendants et ne « remonte pas à ses ascendants. »

D'après Dunod, ce seraient les Coutumes souchères qui se rapprocheraient le plus de l'esprit du droit romain et c'est pour cette raison que la Coutume de Bourgogne était rangée dans cette catégorie.

(1) Dunod, *op. cit.*, p. 449.

III. — Attribution des biens

Deux questions intéressantes se rattachent à l'attribution des biens :

1° Application de la règle *Paterna paternis, materna maternis* dans les successions de collatéraux.

2° Application de la règle : « Propres ne remontent pas ».

I. — *Règle « Paterna, paternis, materna, maternis*

L'article 4 de la Coutume du Comté s'exprime ainsi : « Les biens ensuivent la ligne dont ils sont mouvans « en succession *ab intestat*, c'est à savoir les anciens biens « et héritages procédans du côté paternel échéent aux « parents de la ligne paternelle et les procédans du côté « maternel, aux parents de la ligne paternelle, soit en « prochain ou en lointain degré, sauf aux héritiers qui « sont prochains au défunt en double ligne les prérogatives dessus dites en quoi sera gardé le droit écrit. »

Cet article que nous allons essayer d'éclaircir, est la démonstration évidente de la complication des Coutumes souchères, complication qui s'explique par l'idée persistante de conservation des biens dans la famille : « Le bien « doit aller d'où il est venu. »

Tout d'abord, n'hériteront que les parents de moins du dixième degré, vestige du droit romain, sans distinction entre ceux qui portent le nom, qui sont de la famille ou qui n'en sont pas et sans distinction entre les descendants par les femmes ou non.

On ne considère pas la proximité du degré.

L'article le dit d'ailleurs, « soit en prochain ou en lointain

« degré », mais pour qu'un parent éloigné succède à l'exclusion d'un plus proche, il faut qu'il trouve dans la ligne, que les biens ont décrit un auteur commun à lui et au défunt qui les ait possédés et transmis à celui-ci.

C'est donc, en réalité, une question de transmission de possession et le parent devra prouver non seulement qu'il descend d'un ascendant commun, mais encore que cet ascendant était possesseur des biens auxquels on prétend succéder.

Dunod, d'ailleurs, précise en ces termes : « Lorsque la « Coutume dit que les biens ensuivent la ligne, dont ils « sont mouvans, elle doit être étendue de la ligne des « biens qui communique du défunt au prétendant par « une souche commune entre eux. *Linea est collectio per-* « *sonarum ab eadem stipite descendentium.*

« Ces mots ensuivent la ligne, marquent une suite de « successeurs dans la même ligne, et ces autres mots « dont ils sont mouvans prouvent qu'il faut trouver un « ancien possesseur dans la souche commune. »

Dans le doute, la Coutume doit être entendue strictement parce qu'elle déroge au droit commun de la Province et on l'interprétera le cas échéant par la Coutume du Duché de Bourgogne ou un article emploie l'expression suivante qui complète les dispositions de celle du Comté (1) : « Les biens ensuivent la ligne du tronc de laquelle « ils sont issus. » Nous disions, il n'y a qu'un instant, que l'attribution des biens des Coutumes souchères était avant tout une question de possession. Dunod en cite entre autres un exemple que nous croyons devoir reproduire parce qu'il fera comprendre les dispositions de la Coutume.

(1) Dunod, *op. cit.*, p. 455.

A la mort de Philippe de Rouvre, en 1361, deux compétiteurs se présentèrent pour le Comté de Bourgogne : Jean II roi de France, son cousin germain et Marguerite de Flandre, grand'tante, sœur de son aïeul. Le Comté échut à cette dernière, car si Jean II appartenait bien au côté dont la Province venait immédiatement, il ne descendait pas comme la princesse Marguerite, de Jeanne de Bourgogne qui avait apporté cette souveraineté en dot à son mari Philippe V le Long.

Une fois les parents de la ligne trouvés, faut-il rechercher s'ils sont parents ou non en double ligne. L'affirmative n'est pas douteuse car si la Coutume déclare que les biens ensuivent la ligne et qu'ils échéent aux parents de la ligne, elle s'ajoute « sauf aux héritiers en double « ligne les prérogatives des susdits en quoi sera gardé le « droit écrit. »

Ces principes que nous venons d'expliquer relativement à la dévolution des biens, amènent naturellement la question de savoir à quelle espèce de biens et héritages s'applique l'article. M. Grivel, auquel Dunod a souvent recours en cas de difficulté, et s'exprime ainsi : « *Naturalis affectio immobilia tantum versetur.* »

Il ne s'agit donc que des immeubles. Quant aux meubles quelque anciens qu'ils soient, ils ne sont jamais réputés biens de ligne. C'est pourquoi ils sont réservés à l'héritier des acquêts.

Ils ne sont pas, dit Dunod, susceptibles de l'affection qui a fait introduire un droit particulier pour les immeubles. Cette règle s'étend même aux meubles précieux qui ne sauraient à aucun point de vue être compris sous le nom d'héritages.

La question est plus délicate en ce qui concerne les

rentes en raison de ce qu'elles sont un bien propre dans la plupart des Coutumes et que l'article 7 de l'Ordonnance de recès des États de 1606 dont nous avons déjà parlé, décide « qu'elles doivent être retenues pour biens « immeubles en tous cas, sauf en succession de père et « mère à leurs enfants auxquels ils succéderont comme « en meubles ». Le mot « tenues », dit-il, démontre qu'il ne s'agit que d'une fiction, la Coutume du Duché emploie le mot « réputé » qui a le même sens. Or, c'est le cas d'appliquer la maxime bien connue « *Consuetudo non est extenda ad casum fictum* ». La controverse ne saurait d'ailleurs porter que sur les rentes constituées à prix d'argent mais non sur les rentes foncières qui sont biens de ligne participant de la nature des héritages, sont soumis au retrait lignager, etc...

Dans cette répartition si compliquée de la succession, que deviennent les dettes et comment sont-elles acquittées ?

On ne pouvait, évidemment, appliquer les principes romains qui se comprenaient par l'unité du patrimoine. Il a fallu donc imaginer une autre solution et deux opinions se sont trouvées en présence. La première charge des dettes les héritiers des biens de différentes natures, relativement à l'émolument qu'ils tirent de l'hérédité *pro modo emolumenti*, et divise ensuite cette part des dettes entre les héritiers des biens de même nature, à proportion de leur « cotte héréditaire ».

La deuxième, distingue l'origine des dettes pour charger l'héritier du côté paternel des dettes de ce côté, l'héritier maternel des dettes de la mère et l'héritier des meubles et acquêts du défunt des dettes propres à ce dernier, Dunod préfère la première, parce qu'elle s'éloigne moins des principes romains, qu'elle est adoptée par la plupart

des Coutumes et enfin parce que la Coutume du Duché de Bourgogne décide : « Il y a règle générale établie par « laquelle les dettes héréditaires doivent être payées sur « toute la masse héréditaire. »

II. — *Succession des ascendants*

La succession des ascendants est régie par l'article 2 ainsi conçu : « Succession *ab intestat* ne monte point en « ligne directe, si ce n'est au regard des meubles, acquêts « et donations faites par les père et mère ou par l'un « d'eux à leurs enfants, et succession collatérale aura « lieu suivant la disposition du Droit commun. »

Sans nous arrêter au droit romain, nous pouvons dire que cet article est la reproduction de la règle coutumière : « Propres ne remontent ». Cette règle était entendue en deux sens.

Elle signifiait tout d'abord que les ascendants ne succédaient point à leurs descendants, ils étaient exclus même par le fisc et à plus forte raison, par les collatéraux.

Cette règle était trop contraire à l'équité pour se maintenir longtemps et les ascendants furent préférés à tous les collatéraux, sauf aux frères et sœurs.

Loisel nous le dit : « Tant que la tige a souche, elle « ne se fourche. »

Dans un sens plus récent, elle voulut dire que le propre paternel ne passait pas aux parents maternels et réciproquement, à moins de dévolution d'une ligne à l'autre.

Le droit des ascendants se trouve enfin complété par l'institution du retour légal. On discutait longuement sur l'origine de ce retour. Les uns en voyaient l'origine dans la restitution au *paterfamilias* de la *dot profectice « ne filiae amissae et pecuniae damnum sentirel »*.

Cette origine ne saurait être admise, soit parce que la restitution de la *dot profectice* n'existait plus lors des invasions, soit parce que l'influence du droit de Justinien ne se fit sentir que beaucoup plus tard en France. En réalité, à notre avis, c'est une survivance du droit germanique où l'on considérait la donation comme un acte conditionnel nettement personnel au gratifié, conception qui, au cas particulier, avait l'avantage de conserver les biens dans les familles.

Ces principes sont-ils admis au Comté de Bourgogne ?

Il apparaît que la maxime « Propres ne remontent point », s'applique au Comté de Bourgogne, avec cette remarque toutefois que cette coutume étant souchère, les ascendants succéderont aux biens de leur ligne, car si, par exemple, l'aïeul paternel avait donné un immeuble à son petit-fils, il n'y a pas de doute que le père y succéderait à l'exclusion des collatéraux, parce qu'il est le plus proche de la ligne. La Coutume du Duché semble à cet égard, plus dure pour l'ascendant que celle du Comté et exclure formellement les ascendants de toute succession aux biens anciens : le père ou la mère ne succèdent point à son fils ou fille ni aux enfants de son fils ou fille, tant aux héritages anciens paternels ou maternels.

Outre cette dérogation que nous venons de signaler relativement au propre, la Coutume du Comté de Bourgogne en ajoute une autre.

Les ascendants succèdent-ils aux biens qu'ils ont donnés à leurs enfants ? Dans l'affirmation est-ce par droit de retour, par droit de succession ou, à la fois par l'un et l'autre de ces droits ?

Nous devons dire que cette question était très controversée dans l'ancien droit. Les pays de Droit écrit consi-

déraient le retour comme l'effet d'une condition résolutoire avec toutes ses conséquences.

Dans les Pays de Coutume, c'était plutôt l'exercice d'un véritable droit de succession *ab intestat* avec toutes les conséquences que nous retrouvons aujourd'hui dans la succession anomale d'un ascendant donateur.

Dunod n'hésite pas à reconnaître toute l'équité qu'il y aurait à appliquer le premier système et à faire retourner les biens aux ascendants qui les ont donnés. C'est, dit-il, l'usage du royaume, la jurisprudence et le sentiment commun.

Mais il ajoute qu'il ne croit pas cependant que dans le Comté, cette solution puisse être admise. Il en indique plusieurs raisons. Tout d'abord un argument de texte tiré de la comparaison du texte de la Coutume du Duché de Bourgogne avec celle du Comté.

La première s'exprime ainsi : « Mais le père succédera « seul et pour le tout des biens que ses enfants auront « eu de lui et pareillement y succédera, la mère comme « le père des biens venant d'elle. »

Celle du Comté dit simplement : « Succession monte en « ligne directe au regard des donations faites par les « père et mère ou par l'un d'eux à leurs enfants. »

Il cite également une décision interprétative de la Coutume rédigée par l'empereur Charles-Quint semblant reconnaître aux ascendants un droit de retour sur les biens par eux donnés. Les meubles et acquêts parvenus aux enfants par le moyen de leurs père et mère retourneront d'où ils sont venus, sans qu'en cette succession collatéral ait aucun lien, et celui dont serait provenu la chose et le prix de l'acquisition y succédera.

Le Parlement de la Province, déclare Dunod a refusé

d'enregistrer cette interprétation il faut donc en convenir que ce droit n'était pas conforme à nos mœurs et qu'il ne devait pas être introduit dans le Comté de Bourgogne.

Sa conclusion est la suivante : « Le droit de retour « n'a donc pas lieu dans cette Province... Les ascendants « n'y recouvrent ce qu'ils ont donné que par voie de suc- « cession... enfin nous ne devons point recourir pour nous « décider sur cette matière aux Coutumes et jurisprudence « du Royaume, parce que nous avons des lois, des raisons « et une jurisprudence particulière. »

De la mainmorte

Le traité de la mainmorte est le plus complet de ceux que nous possédons sur la matière. Le sujet avait déjà été traité par un autre Franc-Comtois, Claude-François Talbert d'une façon beaucoup moins approfondie.

Dunod prend soin, comme il le fait d'ailleurs dans presque tous ses ouvrages, de nous indiquer les sources où il a puisé.

« Je me suis attaché, premièrement à la Coutume du « Comté de Bourgogne, qui m'a paru l'une des plus par- « faites sur la mainmorte, parce que c'est celle qui s'est « le moins écartée de l'origine de ce droit. Secondement, « à la jurisprudence du Parlement de Besançon qui est « très instruit de cette matière, par rapport à la multi- « tude de procès qu'elle fait naître dans son ressort. En « troisième lieu, à ce que le droit Romain décide sur les « servitudes des personnes et leurs affranchissements, « parce que je crois que la mainmorte en a été tirée et « enfin au Droit général du Royaume et aux Coutumes « qui ont conservé cette servitude. »

Le Traité de la Mainmorte eut, paraît-il, un grand succès car, comme le dit Dunod, la Franche-Comté subissait peut-être plus que toute autre province les rigueurs de ce droit féodal qui avait réduit une notable partie de ses habitants à la condition de serfs, et l'application de ce droit donnait lieu à d'incessantes difficultés. Dès le préambule de son traité, Dunod semble s'attacher à combattre une opinion qui existait déjà à son époque et a persisté d'ailleurs depuis. La mainmorte est odieuse, les droits qu'elle confère sont exorbitants et constituent une lourde servitude pour les mainmortables. La liberté disait-on, est d'un prix inestimable. Les causes qui la concernent méritent une faveur de préférence et dans le doute on doit toujours interpréter les actes en sa faveur.

C'était d'ailleurs l'application des principes déjà admis en droit Romain où plusieurs textes du Digeste prononçaient en ce sens : *In obscura voluntate manumittentis favendum est libertati.* Ce n'est pas l'avis de Dunod et ici son opinion mérite d'être citée textuellement (1) : « Cependant le seigneur a déjà fait une grande faveur à « ses mainmortables en réduisant cette servitude au point « où elle est. Ils sont censés avoir reçu leur premier bien « de lui et le moyen d'en acquérir d'autres. La prohibi- « tion d'aliéner leurs fonds de mainmorte sans son consen- « tement, les conserve à leur famille et les empêche de « dissiper ; la mainmorte de ces fonds tient lieu ordinai- « rement des censes considérables qu'on paie sur les « biens fonds et le travail de plusieurs personnes réunies « profite bien plus que si tout était séparé entre elles. »

(1) *Traité de la Mainmorte,* p. 15.

Ainsi l'expérience nous apprend que dans le Comté de Bourgogne les paysans des biens mainmortables sont bien plus aisés que ceux qui habitent la franchise et que plus leurs familles sont nombreuses, plus elles s'enrichissent.

D'après Dunod, la mainmorte n'est pas si dure qu'elle le paraît et il ne faut pas lui appliquer indistinctement tout ce que les lois ont établi en faveur de la liberté, sauf sur deux points où elle doit être restreinte ; lorsqu'il s'agit de juger de l'état de la personne si elle est franche ou mainmortable, ou lorsqu'il est question de la succession de mainmortable entre les seigneurs et les parents, les droits du sang et de la nature concourent en faveur de la liberté.

Dunod soutient même, d'après Dumoulin, qu'elle constitue parfois une mesure d'humanité, que c'est grâce à la mainmorte que la Franche-Comté devait son état florissant. Un grand nombre d'étrangers sont venus repeupler les villages saccagés par la guerre et remettre en culture les terres labourables qui étaient devenues des forêts, le tout à charge de les tenir en mainmorte (1).

Des causes de la mainmorte

Dunod nous indique que la mainmorte résulte de trois circonstances, la naissance, une convention formelle, ou la prise de Meix.

Lorsqu'elle résulte de la naissance, une question inté-

(1) Servitus Manusmortuae non semper a barbarie, vel bellica et hostili captivitate exit sed quandoque ab humanitate... Magna multitudo Gallorum proesertim e Picardia et Neustria... In Comitatum Burgundiae sensim demigrantes ultra decem millia hospitio suscepti sunt in sylvis ad culturam reducendis, sub conditione Manusmortuae, p. 14.

ressante se pose : l'Enfant suit-il la condition de la mère ou du père ?

La question était des plus controversée.

En droit Romain, tout enfant né hors du mariage suivait la condition de la mère.

S'inspirant de ce principe, certaines Coutumes décidaient qu'en cas de mainmorte, l'enfant devait également suivre la condition de sa mère. Un argument de texte peut-être grossier servait de base à cette théorie.

On appelait indifféremment serf ou servus, l'homme de mainmorte. C'est l'opinion de Beaumanoir.

« Voirs et que servitude vient de par les mères, car « tout li enfant que cele porte qui est serve sont serf, « tout soit que li péres soit franc hons... Et encore apert-il « parce que quand il avient que uns hons est sers et il « prend une femme franche, tuit li enfant sunt franc. » (C. 8 X de serv. non ord. 1-18.)

Dans une deuxième opinion, on décidait que les enfants étaient toujours serfs dès que le père ou la mère appartenait à cette condition. C'était l'application de la règle « En for mariage, le pire emporte le bon (1) ».

Ainsi en décidaient les Coutumes du Nivernais et du Bourbonnais.

Dans le livre des serfs de l'Abbaye de Marmoutiers, nous voyons appliquer une double règle.

Tantôt la personne franche qui épousait la personne serve était réduite en servage, ce qui égalisait la condition des deux époux, tantôt l'enfant suivait la condition de celui de situation inférieure (2).

(1) *Loisel institutes* I, p. 25.
(2) Esmein, *Précis d'Histoire de droit*, p. 267, note.

Le même principe était admis en Droit canonique *semper qui nascitur deteriorem partem sumit*, dit le décret de Gratien.

Enfin d'autres Coutumes se prononçaient en sens contraire et les enfants y suivaient la condition paternelle.

On faisait remarquer à l'appui de cette théorie qu'il s'agissait d'un mariage légitime. C'est dans ce sens que statuait la Coutume de Bourgogne.

L'article 10 stipulait « qu'en lieu de condition de main-« morte, l'enfant suit la condition du père » et Dunod ajoute : « Quoiqu'on pense dans le Duché de Bourgogne, « sur cette question, il est certain parmi nous qu'on ne « fait pas plus d'attention au lieu de la naissance de « l'enfant, qu'à la condition de la mère pour juger de l'état « de l'enfant, et que c'est la condition seule du père qui « en décide soit que l'enfant ait pris naissance dans un « lieu de franchise, ou dans celui de mainmorte. »

Cette règle s'appliquait-elle sans distinction à tous les enfants ? Pas de doute pour les enfants naturels.

Ils suivaient la condition de la mère. Quant aux enfants nés antérieurement à la mainmorte du père, Dunod estime qu'ils restent libres parce qu'on présume qu'en se rendant mainmortable pour lui et ses enfants, il n'a pu préjudicier à ces derniers et que sa puissance paternelle ne lui donne pas le droit de priver ses enfants de la liberté.

Surtout, ajoute Dunod, « tant cette matière qui est odieuse et où il s'agit du préjudice d'un tiers ». Il en serait autrement au cas où le père se serait assujetti à la mainmorte moyennant quelques conditions avantageuses. Il serait peut-être loisible dans ce cas à ses enfants, de profiter de ces conditions.

De la Communion en mainmorte (1)

La communion a une très grande importance en mainmorte. Les mainmortables ne peuvent disposer de leurs biens qu'en faveur de leurs parents communiers, en fait, c'est cette communion qui constitue le fondement de la succession entre mainmortables et le seul motif qui les fasse préférer au seigneur.

Nous voyons l'origine de ces communions dès le début du Moyen Age. Leur création a été le résultat d'une réaction contre les rigueurs de la mainmorte.

Elles portaient le nom de communautés taisibles ou serviles. Beaumanoir y fait déjà allusion : « Compagnie « se fet pour seulement manoir ensemble a un pain et a « un pot un an et un jour puis que li meuble de l'un et « de l'autre soit mellé ensemble. »

Elles se sont surtout présentées dans la Coutume du Nivernais où elles ont subsisté jusqu'au XVIII^e siècle et où elles sont décrites très minutieusement par Guy Coquille qui y trouve de très nombreux avantages.

Au point de vue qui nous intéresse, la mainmorte peut soulever deux questions : en quoi consistait la communion ? et entre qui existait-elle ?

Elle consistait dans le fait par les personnes composant la communauté servile de vivre « à même selle et à même « pain, pot et feu sous l'autorité d'un chef major ou « majorissa ».

C'était en réalité un ménage commun résultant des avantages moraux et des profits matériels retirés par les serfs de leur union. Ces associés de fait s'appelaient « par- « çonniers ».

(1) *Précis d'Histoire du droit français*, Collection Dalloz, page 166

Quels étaient-ils ?

A cet égard, les coutumes variaient. Les unes n'admettaient la communauté taisible qu'en ligne directe. C'était la thèse de la Coutume de Champagne. « Il est coustume « en Champagne que ce aucuns hons de mainmorte ce « muert sanz hoirs de son corps, où il ait été partiz de ces hoirs, que lisir emporte l'exchoite en meuble, et héritages « de cause de mainmorte. » (Coutume de Troyes, ch. XL.)

D'autres se montraient plus larges et admettaient à la communauté taisible les collatéraux. Nous trouvons cette opinion dans la *Pratica Forensis*, titre XXXIII, nº 20 (1) et dans l'étude de Chasseneuz sur la Coutume du Duché de Bourgogne : *Quando moriuntur sine liberis vel parentibus existentibus in communione cum eis.* Dans le Comté de Bourgogne la mainmorte semble exiger trois conditions. Tout d'abord, une mise en commun du travail et du revenu des associés sans que pour autant cette société constitue le *Consortium* ou la Société *Omnium bonorum.* Chacun des associés conserve en effet la propriété des biens qu'il a ou qui lui sont donnés par la suite, biens qu'il prélèvera lors de la dissolution de la communauté. C'est donc en réalité une société de biens seulement. Cette société diffère de la société ordinaire en ce que les communiers sont obligés d'habiter ensemble et en ce que leur communion passe à leurs héritiers, la Société au contraire se dissolvant par la mort d'un associé. Une deuxième condition est que, pour être communier en mainmorte, il faut être parent.

Nous trouvons à chaque pas, dans la Coutume, cette idée, soit dans l'article 7 concernant les biens des prêtres et clercs mainmortables, soit dans l'article 14 qui envisage

(1) ESMEIN, p. 270.

l'hypothèse du testament mainmortable. L'expression parent est ici interprétée dans le sens large. Elle comprend non seulement les descendants mais encore les parents quelconques, tous ceux qui ont pour employer l'expression de Dunod « une communion native » et Dunod déclare même qu'à son avis, les frères utérins doivent être considérés comme communiers, « les utérins sont parents dit-il, « et la Coutume n'en demande pas davantage ».

Enfin, l'habitation commune est une des conditions nécessaires à la communion en mainmorte « parents com- « muns et demeurant avec eux » (art. 7) « s'ils demeurent « en commun » (art. 16).

Elle cesse si les communiers sont divisés ou séparés (art. 25). Mais il ne suffit pas d'habiter ensemble, il faut en outre, avoir bourse et dépense communes et vivre au même feu et au même pain. Dunod en conclut qu'il faut avoir aussi même pot car « quand il fait la dépense à part « et non par besoin ou par délicatesse, l'on en déduit « une preuve de séparation ».

De la dissolution de la communion

L'existence des communautés taisibles présentait évidemment des avantages pour les seigneurs : terres mieux cultivées, sujets plus en état de payer les droits de seigneurie. Aussi avait-elle été dans une certaine mesure favorisée dans le régime féodal.

Néanmoins, les seigneurs se résignèrent difficilement à l'abandon de leurs droits de mainmorte au profit des communautés et au début, le départ d'un seul des commu-

(1) *Coutumes de Nivernais,* Titre VIII, art. 9.
(2) *Coutume de Berry,* art. 16.

nistes entraînait la dissolution de la société taisible à l'égard de tous « Un parti, tous partis » dit Loisel.

Plus tard, on se départira de cette rigueur quand la séparation aura une juste cause, le mariage de la fille, l'établissement d'un fils pour l'exercice d'un métier ou même le mauvais caractère de l'un des associés (homme mal gisant et fascheux ; coutume du Nivernais, titre VIII, art. 15). La communauté continuait d'exister entre les enfants restés en commun. La coutume du Comté admet également que la communion cesse par la séparation et par le partage, mais il ne s'agira pas seulement d'un partage simplement commencé. Il faut un partage formel portant au moins sur la maison et s'il n'y avait qu'un partage de meubles ou de quelques revenus, cela ne suffisait pas pour rompre la communauté. Faut-il, d'autre part, que tous les communiers aient figuré au partage ? Et qu'arrivera-t-il notamment si l'un provoque le partage malgré les autres ? Dunod ici encore, va démontrer qu'il ne mérite pas les reproches qu'a formulé contre lui M. Estignard. Il estime en effet en interprétant strictement les termes de la Coutume (Gens de mainmorte qui se divisent et se séparent), qu'en une matière aussi odieuse que celle-ci, il faut un partage réel et actuel. « Il arrive souvent des « querelles entre communiers qui les portent dans le premier « mouvement à partager, mais ils se repentent bientôt, « ils se réunissent et continuent de vivre en commun, comme « auparavant, d'où je conclus qu'on pourrait soutenir que « quand même le partage serait fait s'il était incontinent « révoqué, ou que l'on n'y donnat point d'exécution, la « communion subsisterait » (1).

(1) Dunod, *Mainmorte*, p. 94.

Il est également nécessaire que la rupture de la communion soit définitive. Comme le laisse entendre Dunod, il peut arriver que des femmes introduites dans la communion amènent des différends et qu'on ne puisse s'accommoder. « On se quitte dans la chaleur de la dispute. Sera-t-on séparé pour cela ? » Non, répond notre auteur, « il faut se séparer sans esprit de retour ».

L'émancipation d'un enfant ne rompt pas la communion, soit parce que la Coutume ne le dit pas, soit parce que l'émancipation n'est pas incompatible avec la communion et que c'est un bénéfice de droit dont les mainmortables ne peuvent être privés. Est-il possible de rétablir la communion lorsqu'elle a été dissoute ?

La Coutume à cet égard, est formelle et l'art. 15 décide clairement « gens de mainmorte, communs en biens qui se divisent et se séparent de ladite communion ne peuvent jamais être réputés communs en biens après ladite sépa- « ration sans le consentement de leur seigneur ». Il faut y ajouter, avec le consentement de tous les communiers, bien que la Coutume soit muette sur ce point, un associé ne pouvant introduire un tiers dans la société si les autres associés n'y consentent.

La Coutume du Comté de Bourgogne contient, en ce qui concerne la dissolution de la communion, une disposition originale, et qui, à notre connaissance ne se retrouve pas dans les autres coutumes. Elle est contenue dans l'article 8 ainsi conçu : « En lieu de mainmorte, la fille « mariée en son partage peut retourner pour avoir et « recouvrer son partage ou provision des biens de père et « de mère, pourvu qu'elle retourne gésir la première « nuit de ses noces en son meix ou héritage. »

Nous disons que cette disposition est particulière,

parce que dans certaines coutumes, la fille en se mariant ne rompt pas la communion avec ses parents. En Auvergne : *Filia nupta retinet familiam et originem.* Dans d'autres, en Nivernais par exemple, la fille de mainmorte devient libre en épousant un homme franc, sinon elle devient sujette du seigneur de son mari. A quelles conditions la fille mariée peut-elle exercer son « reprêt » ? Qu'elle gésisse la première nuit de ses noces.

Nous n'entrerons pas dans la discussion indiquée par Dunod, s'il s'agit du premier jour ou de la première nuit. C'est avant tout, une question de fait et d'intention.

Il a été jugé, dit Dunod : « Que Pierrette Moureau qui, « après avoir reçu la bénédiction nuptiale était retournée « chez son père, y avait dîné et était allé coucher chez « son mari, avait satisfait au devoir prescrit par la Coutume « en dînant chez son père. »

Il ne faut pas interpréter cet article à la lettre, et il était admis que la fille pouvait faire le reprêt quelques jours après ses noces *Post intervallum aliquot dierum*, peut être dans l'an et jour.

A cette première condition, la Coutume en ajoutait une autre. Le reprêt devait être fait dans le meix paternel, même si la fille s'était mariée dans le lieu où habitent ses père et mère. Le reprêt doit avoir été fait au temps du premier mariage si la fille a été mariée plusieurs fois.

Enfin, tout ce que la Coutume dit de la fille, s'applique sans distinction à la petite-fille.

Droits et obligations de seigneurs de mainmortables

Aux termes de l'Ordonnance de 1549, les héritages mainmortables retournent au seigneur en l'absence de communiers.

L'expression dont se sert l'Ordonnance, démontre que le seigneur ne sera pas tenu de payer les dettes à moins qu'il n'y ait consenti. Si le *de cujus* avait des biens francs, la Coutume déclare, article 7, qu'il les prend en cas déchute. Est-ce à titre de succession comme le patron héritait en droit romain de l'affranchi, mort sans enfants, par la *bonorum possessio contra tabulas* ?

Dunod estime que c'est plutôt *jure peculii* ou plus exactement *vel quasi peculii* et que par conséquent il paiera les dettes de son sujet, mais à concurrence de la valeur de ce qu'il prendra. Juridiquement le seigneur étant un successeur anormal et irrégulier ne devait pas avoir la saisine. La Coutume la lui donne pourtant : « Il « demeure saisi dit-elle, des biens de son homme main- « mortable quand le cas de la mainmorte avient. »

L'expression « prend », confirme d'ailleurs cette opinion *Verbum enim capio significans immediate accipere et non per alium.*

En cas de conflit entre plusieurs seigneurs aucune difficulté ne peut s'élever au point de vue de l'actif, chacun d'eux est saisi des biens qui sont dans sa seigneurie, soit que le défunt ait été domicilié ou non, parce que c'est un droit réel qu'il exerce et qu'un autre seigneur ne peut rien prendre en ce cas chez lui.

Quant à ce qui est situé en lieu de franchise, cela appartient au seigneur d'origine seul, même quand le mainmortable serait décédé dans une autre seigneurie.

Comment vont se payer les dettes ? Relativement aux dettes hypothécaires, le seigneur ne les paiera que s'il y a consenti ou s'il en a profité.

Pour les héritages situés en franc lieu, il paiera les dettes à concurrence de leur valeur, mais après avoir au

préalable, acquitté les frais funéraires du défunt, qui sont une créance privilégiée.

Indépendamment de leurs droits de successibilité, la Coutume conférait encore au seigneur certains avantages en cas d'absence du mainmortable. Lorsque ceux-ci s'absentaient de leur meix pendant dix ans, le seigneur avait acquis un droit définitif et pouvait faire du meix son « plaisir et son profit ».

Si, au contraire, le mainmortable revenait avant l'expiration des dix ans, il avait le droit de reprendre son meix, mais en remboursant au seigneur toutes les dépenses faites par celui-ci pour réparations nécessaires et tous les fruits perçus par le seigneur à ce dernier, restaient acquis. Il ne s'agit ici, que d'une absence volontaire et nullement en cas de guerre ou de peste auquel cas la prescription « statuaire » ne joue pas.

Enfin, le seigneur n'avait pas à supporter les aliénations ou hypothèques de l'héritage mainmortable faite sans son consentement. Si la vente avait eu lieu, elle était nulle *Nullité respective*, dit Dunod (1), ne pouvant être proposée que par le seigneur dans l'intérêt de qui elle était instituée. Le contrat est parfait entre les parties, mais comme il est fait au préjudice du seigneur, ce dernier peut en demander l'annulation comme et quand il lui plaît et même après la mort de l'aliénateur.

Quand l'aliénation n'a pas un caractère volontaire, elle peut se faire sans le consentement du seigneur.

Dunod envisage ici plusieurs hypothèses, le partage notamment, mais à la condition qu'il n'y soit pas admis d'étrangers.

(1) Dunod, *Mainmorte*, p. 350.

C'était d'ailleurs l'application de principes admis par toutes les Coutumes. Celle de Paris considérait qu'en cas de licitation sans fraude, aucun droit n'était dû au seigneur si l'adjudicataire est un colicitant, les lods et ventes n'étaient dus qu'en cas d'acquéreurs étrangers.

Lorsqu'une acquisition est forcée, elle peut se faire malgré le seigneur. Il en est ainsi en cas de dettes alimentaires ou lorsque l'honneur et la vie du mainmortable sont en jeu, Dunod cite à cet égard, un arrêt du 2 juillet 1601 où un seigneur fut condamné à consentir à la vente du bien de « deux pauvres filles qui n'avaient ni meubles, « ni biens de franchise pour se nourrir ».

L'acquisition pouvait-elle être tranchée en faveur d'une personne quelconque, ou ne pouvait-elle se faire qu'à un acquéreur de condition pareille ?

La première opinion est admise dans un certain nombre de Coutumes qui se basaient sur ce fait qu'il n'était pas toujours facile au seigneur d'exiger d'un *magne potencie*, les redevances accoutumées du vilain, Dunod estime que c'est à la seconde opinion qu'il faut se rallier pour deux motifs : d'abord, parce que la clause pouvait « empêcher « de vendre à juste prix et ensuite parce que l'homme franc, « acquéreur d'une mainmorte, est soumis aux obligations « du mainmortable ».

On ne considère pas l'aliénation pour doter une fille comme une aliénation nécessaire, et le consentement du seigneur sera exigé malgré les termes en apparence absolus du droit romain *Causa dotis praecipua est necessaria.*

Si le fonds lui-même est inaliénable, il n'en est pas de même des améliorations qui y sont apportées, et on peut les hypothéquer sans le consentement du seigneur. Il en sera de même des fruits de l'héritage mainmortable qui

pourront être saisis et vendus par un créancier du mainmortable, soit, par suite de l'interprétation restrictive à donner à la Coutume, soit parce que les fruits appartiennent au possesseur qui peut donc valablement les hypothéquer.

Si l'aliénation a lieu au préjudice du seigneur et malgré lui, il a le droit de commise pendant quarante jours après lesquels il est censé avoir consenti. C'est au vendeur à obtenir le consentement du seigneur, contrairement à ce qui se passe en matière de tenure libre.

Si le seigneur consent, c'est généralement sans préjudice de ses droits et de ceux des tiers.

La formule habituelle est « sauf mon droit et l'autruy « en toutes choses ».

D'ailleurs l'omission de cette clause ne pourrait préjudicier au seigneur. Nul n'est, en effet, censé renoncer tacitement à un droit. Néanmoins, le consentement à l'aliénation peut parfois être tacite.

Nous en avons vu un exemple dans le silence gardé pendant quarante jours. On peut encore citer l'apposition du sceau seigneurial, etc...

En cas d'aliénation d'un bien de mainmorte, si l'acquéreur est de bonne foi et ignorait la condition de l'héritage, la commise est à la charge du vendeur. Dans le cas contraire, c'est l'acheteur qui en supporte seul les conséquences, bien qu'il se soit mis en possession réelle, dit l'article 13 de la Coutume : « S'il est aliéné et la possession réelle « prise sans ledit consentement il est commis audit sei- « gneur. »

Extinction de la mainmorte

Les causes d'extinction de la mainmorte peuvent se ramener à quatre principales, d'inégale importance : affranchissement par désaveu, par convention, par suite d'excès commis par le seigneur et enfin, par prescription.

L'affranchissement par désaveu consiste dans le fait par le mainmortable de s'exonérer des charges seigneuriales en quittant la seigneurie et les biens qu'il y possédait.

La Coutume exige un acte exprès par lequel il déclarera abandonner à son seigneur, les meix et héritages mainmortables et une partie de ses meubles. Alors que dans le duché de Bourgogne un acte authentique suffit, dans le Comté, au contraire, le mainmortable assigne le seigneur par devant le juge royal et c'est ce dernier qui le déclare franc et bourgeois du roi.

Depuis l'édit de 1587, le sujet qui veut s'affranchir par désaveu, est obligé de donner à son seigneur une déclaration exacte et par serment des meubles qu'il lui abandonne sauf les habits et linges dont il se sert journellement et suivant quelques auteurs, les outils nécessaires à son travail. En cas de fraude considérable, il y aura lieu à l'annulation de l'affranchissement. Mais dans aucun cas le mainmortable même mineur ne sera restituable pour cause de lésion, soit parce que le désaveu est une faveur que la loi lui fait, *contra beneficium acceptum restitutio non datur*, soit enfin parce que la liberté qu'il recouvre par le désaveu est d'un si grand prix qu'elle n'est pas censée trop chèrement acquise par la perte de ses biens. La quotité des meubles à abandonner est de deux tiers, quand le désaveu a lieu malgré le seigneur, et d'un tiers dans le cas contraire.

L'affranchissement par convention offre une particularité en ce qui concerne le droit de dévolut.

On appelait ainsi dans certaines provinces, le droit en vertu duquel le mainmortable affranchi par le vassal, restait mainmortable sous le seigneur suzerain, s'il ne s'était accommodé avec lui.

Ce droit existait également lorsque le fief retournait au seigneur suzerain, *ex primaeva causa*. Le droit de dévolut n'existait pas au Comté de Bourgogne (1).

L'entrée dans les ordres en Bourgogne n'affranchit pas la mainmorte, soit parce que les mainmortables ne dépendent pas de leur maître comme les esclaves et qu'ils peuvent servir aux autels et desservir des bénéfices nonobstant leur condition, soit enfin parce qu'ils peuvent s'affranchir par désaveu malgré leur seigneur. Cette situation concerne aussi bien les prélats que les simples prêtres.

Il faut raisonner par analogie en ce qui concerne les grades et offices qui n'effacent pas la condition du mainmortable. Ils l'exemptent seulement de subir par lui-même, les charges personnelles qui aviliraient l'état auquel il a été élevé. Il est toutefois obligé de les faire remplir par d'autres.

Il peut arriver dans certains cas, que le seigneur perde la mainmorte pour excès commis contre son sujet. C'est une réminiscence du droit romain où on pouvait obliger les pères à émanciper, le cas échéant, leurs enfants ou les maîtres à vendre leurs esclaves.

La Coutume prévoit formellement cette hypothèse en décidant que lorsque l'affranchissement a lieu au tort

(1) Dunod, *op. cit.*, p. 229.

du seigneur la mainmortable ne doit relâcher que le tiers de ses meubles et Dunod ajoute : « Comme il se peut « trouver des vexations si atroces, que cette peine ne « serait pas suffisante, le juge, et particulièrement la « Cour, peut encore décider en ce cas, suivant les cir- « constances, que le mainmortable doit être affranchi « sans rien relâcher à son seigneur (1).

---

(1) Dunod, *op. cit.*, p. 237.

CONCLUSION

Le lecteur a pu constater le nombre et l'importance des ouvrages de François-Ignace Dunod, soit comme jurisconsulte, soit comme historien.

Si ses ouvrages historiques sont loin d'avoir la valeur et l'importance de ses œuvres juridiques, il faut lui savoir gré d'avoir approfondi tous les sujets, recueilli toutes les traditions, fait état de toutes les richesses naturelles de sa petite patrie pour laquelle il manifeste à chaque instant son attachement. Il faut reconnaître la patience et le dévouement avec lequel il a recueilli nombre d'informations qui, sans lui, seraient perdues pour nous.

Comme jurisconsulte, il a eu une grande influence et ses ouvrages ont été l'objet de nombreuses éditions, ce qui démontre la vogue et l'importance que leur ont attaché ses contemporains.

On peut peut-être lui appliquer ce qu'il dit dans une de ses œuvres.

« Le caractère de la nation comtoise consiste dans une « sûreté et une solidité de jugement qui la rendent propre « aux fonctions de la magistrature et aux négociations... « Ils naissent avec de l'esprit et ont du talent pour les « arts et les sciences. »

Peut-être n'a-t-il pas tous les caractères de l'esprit franc-comtois. Le Comtois est entêté, frondeur, enclin à critiquer les institutions et les personnes, très attaché à

son opinion, le vieux dicton : « Comtois rends-toi, nenni ma foi », dépeint à merveille son état d'esprit.

Il faut reconnaître, à la lecture des ouvrages de Dunod que notre auteur se rapprocherait plutôt du caractère bourguignon. Ce dernier est indolent, accepte avec philosophie et avec une parfaite tranquillité, les événements contre lesquels il ne s'insurge ni ne proteste.

Tel paraît être, en réalité, le fond du caractère de Dunod.

Qu'il se rattache par son caractère, soit au Duché, soit au Comté de Bourgogne, il a été en tous cas un bon citoyen, le *Vir bonus dicendi peritus* du poète, et il a mérité ainsi de passer à la postérité.

Vu et permis d'imprimer :
Dijon, le 14 février 1929,
Le Recteur,
A. TERRACHER.

Vu :
Le Président de la Thèse
M. PETOT.

VU :
Le Doyen de la Faculté de Droit,
M. VIGNES.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 5

PREMIÈRE PARTIE

Biographie

CHAPITRE PREMIER : Origines de la famille Dunod 9
CHAPITRE II : Dunod (François-Ignace) 13

DEUXIÈME PARTIE

Bibliographie critique

CHAPITRE PREMIER : Ouvrages de Dunod 21
CHAPITRE II : Dunod jurisconsulte 29
§ 1 Ses méthodes .....
§ 2 Ses sources 30
§ 3 Son esprit 35
CHAPITRE III : Dunod historien 36

TROISIÈME PARTIE

Examen de quelques questions

A. Des justices seigneuriales 41
B. Les fiefs (droits et obligations réciproques) 43
C. Des gens mariés (douaire etc.) 48
D. Les Successions 63
E. La Mainmorte 76
CONCLUSION 94

IMPRIMERIE DE L'EST. — BESANÇON